كتاب

القانون الدولي الخاص

DROIT INTERNATIONAL PRIVÈ

تأليف

بسطوروس بشاره
الحايز لشهادة الليسنسية
بنيابة دمنهور

وعلي جمال الدين
الحايز لشهادة الليسنسية
معاون مديرية الجيزة

(طبع بمطبعة التأليف (الهلال) بالفجالة بمصر سنة ١٨٩٦)

كتاب

القانون الدولي الخاص بمصر

والدولة العثمانية

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

تأليف

بطوروس بشاره
الحايز لشهادة الليسنسية
بنيابة دمنهور

وعلى جمال الدين
الحايز لشهادة الليسنسية
معاون مديرية الجيزة

(طبع بمطبعة التأليف (الهلال) بالفجالة بمصر سنة ١٨٩٦)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله شارع الاحكام والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام وعلى آله وصحبه الكرام وجميع الرسل العظام والانبياء الفخام (اما بعد) فمما ادخرناه من كنز علوم حضرة العالم العلامة وحيد دهره في العلوم القانونية الاستاذ الفاضل شارل تستو ناظر مدرسة الحقوق الخديوية بعض اصول وقواعد من القانون الدولي الخاص سيما مصر والدولة العثمانية حينما كنا طلبة بالمدرسة المذكورة وخدمة للعلوم الشرعية والمشتغلين بها وتفكرة لحضرات اخواننا واخداننا الطلبة احببنا ان نضع ما تلقيناه في قالب رسالة وجيزة نقدمها الآن لحضرات القراء راجين من كرم اخلاقهم ان يسدلوا ثوب العذر على ما جاء بها من الهفوات والزلات اذ يقيننا فيهم السعي وراء المنفعة فقط خصوصاً وانهم في عصر سما شرفا ببزوغ شمس الذات العلية الخديوية مولانا صاحب العظمة والمهابة والاقتدار افندينا ﴿ عباس حلمي باشا الثاني ﴾ ادام الله ايامه المباركة على الامة المصرية واقام على يديه الكريمتين دعائم المدنية وشيد بوجوده وعزمه قصور العلوم والمعارف آمين

على جمال الدين — بسطوروس بشاره

معاون مديرية البحيره — بنيابة دمنهور

الفصل الاوّل

مقدمة عمومية

(١) ماهية القانون الدولي — ٢ — فروعه — ٣ — القانون الدولي العام — ٤ — القانون الدولي الخاص — ٥ — تعريف القانون الدولي الخاص ٦ — هل المنازعات المختصة بقانون العقوبات داخلة ضمن مباحث القانون الدولي الخاص أم لا — ٧ — الصفات المميزة للقانون الدولي الخاص ٨ — في بيان ما اذا كان القانون الدولي الخاص مكوناً لقانون قائم بذاته متميز عن القوانين الاهلية

(١) عرّف الشارعون القانون الدولي بأنهُ « القانون الضابط لعلاقات الأُمم وأَفرادها المختلفة » وهذا التعريف مبهمٌ لانهُ يشمل نوعي القانون الدولي

(٢) وفي الواقع فان القانون المذكور على نوعين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص أما كلهُ عموماً أَو أَهم فروعه خصوصاً وهو العام فيسمى بالقانون العام Droit des gens أَو بقانون الناس (ولا يلتبس على القاري القانون العام الذي نحن بصدده بالقانون العام الذي كان سارياً على جميع افراد الولايات الرومانية القديمة فدفعاً لهذا الالتباس قد سمى احد شراع الانكليز القانون العام الذي اردناه الآن بالقانون الساري بين الناس ومن هنا نشأ اسم القانون الدولي المسمى باللغات الافرنكية Droit international

وترجمتها حرفياً « بين الامم » اي inter بين و nation امة) وللوصول الى كيفية تقرير هذا التقسيم نقول انهُ لا بد في كل امة من رابطتين متميزتين احداهما عن الاخرى وهما الرابطة العامة بين الامة وافرادها والرابطة الخاصة الحاصلة بين الافراد · فالباحث عن الرابطة الاولى يقال لهُ القانون الداخلي العام ومنهُ القانون الاساسي والقانون الاداري وقانون العقوبات

أما القانون الاساسي فيبحث عن الروابط بين القوى الثلاث المؤلفة منها سلطة الحكومة العمومية باعتبار فصلها بعضها عن بعض او جمعها بعضها الى بعض والقوى الثلاث المشار اليها هي القوة التشريعية والقوة القضائية والقوة التنفيذية فمن القوة الاولى مجالس الشورى ومن الثانية المحاكم القضائية (تمييزاً لها عن المحاكم الادارية) ومن الثالثة جهات الادارة والضبط

والقانون الاداري هو مجموع الاصول والقواعد اللازم اتباعها لتأسيس المصالح العمومية للحكومة وتنظيمها كانشاء النظارات وفروعها والمجالس المتنوعة واختصاص كل عضو عامل فيها

وأما قانون العقوبات فهو مجموع القواعد الكافلة لبث الامن والراحة في انحاء المملكة وحفظ حقوق الافراد واعراضهم بما اوجبه من معاقبة المجرم اجابة لدواعي المصلحة العامة

اما الباحث عن الرابطة الثانية فيقال لهُ القانون الداخلي الخاص ومنهُ القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات

(٣) واذا تجاوزنا حدود بلاد الامة ونظرنا في العلاقات الخارجية

رأينا انها على نوعين ايضاً (١) عامة وهي رابطة الامم بعضها مع بعض ويسمى القانون الضابط لها القانون الخارجي العام أو القانون الدولي العام ومنه المسائل المتعلقة بالسياسة العمومية والحجر الصحي المسمى بالكورنتينات البحرية والمعاهدات التجارية وما يتعلق بضبط الفارّين من مملكة الى اخرى

(٤) و(٢) خاصة وهي العلاقات المختلطة الحاصلة بين أفراد الأُمم المختلفه ويسمى القانون الضابط لها القانون الخارجي الخاص او القانون الدولي الخاص وهو المراد بهذا الكتاب ولزيادة الايضاح في بيان موضوعه نقول ان الناس ما انفكوا من اول عهد العمران ميالين الى الاسفار والاقامة في بلاد الغربة فترى البلده الواحدة غاصة بالاجانب القادمين اليها من كل فج سعياً وراء رزقهم فترتب على ذلك اتساع التجارة وزيادة المعاملات والعلاقات بين الناس حتى اضطرت الامم لتقرير قواعد كافلة لحفظ هذه العلاقات ومجموع هذه القواعد يسمى بالقانون الخاص وقد لقبوه بالخاص لتقييده بضبط روابط الخاصة دون الحكومات . ولو أمعنا النظر وانعمنا الفكر قليلاً في مختلف المعاملات الخاصة المذكورة لوجدناها لا تخرج عن ارتباطها بالشخص تارة كالاحوال الشخصية وهي الحالة والاهلية وبالعين اخرى كالاموال وانواعها والعقود وشروطها واحكامها ولنضرب الامثال الآتية ايضاحاً لما ذكرناه فنقول

تزوّج مصريٌّ مصرية وذهب بها الى فرنسا فوقع بينهما نزاع هناك في صحة عقد الزيجة ورفع هذا النزاع امام محكمة فرنساوية فالقاضي المختص به الحكم في هذا النزاع يتنازعه قانونان القانون الشخصي للزوجين والقانون

المحلي لبلاده ولتعذُّر تطبيق القانونين المذكورين معاً لمنافاة احكامهما بعضها لبعض فلا بد له من اختيار احدهما والقانون الضابط لهذا الاختيار هو ما يسمى بالقانون الدولي الخاص

مات مصري في ايتاليا عن تركة وكان بعض ورثته في مصر و بعضهم في ايطاليا ووقع النزاع في كيفية تقسيم التركة فالقانون الباحث عن هذه الكيفية من حيث تتبعها للقانون المصري أو القانون الطلياني هو ما يسمى بالقانون الدولي الخاص

تعامل مصري وانكليزي في تجارة وعقدا لذلك عقداً عرفياً في مصر مع ان القانون الانكليزي يقضي بتحرير العقد المذكور على الوجه الرسمي فالقانون الباحث عن صحة العقد او عدمها يقال له القانون الدولي الخاص وقس على ذلك

(٥) ومما تقدم لنا من الامثلة يمكننا الوقوف على تعريف القانون الدولي الخاص وصفاته المميزة له فنقول ان القانون المذكور هو الذي يعين و يحدد دائرة تطبيق القوانين المدنية للبلاد الاجنبية اذا حصل نزاع بينها في مسألة من المسائل . و يمكن تعريفه ايضاً بالصورة الآتية وهي : القانون الدولي الخاص هو « مجموع القواعد التي يجب اتباعها في حل المنازعات التي تحصل بين امتين فيما يتعلق بقوانينهما الخاصة »

(٦) وقد اخطأ كثير من الشراع في تعريفه فقال بعضهم انهُ مجموع القواعد المختصة بتطبيق القوانين المدنية والجنائية لأمة في بلاد امة اخرى فادخل في حدود القانون الدولي الخاص النظر في مسائل العقوبات غير انهُ

لما كان حق المعاقبة منوطاً بالحكومة لانه من الحقوق العامة لارتباطه بالمصالح العامة فقد خرجت حينئذٍ المنازعات المتعلقة بالجرائم عن حيز القانون الخاص لتعلقه بحقوق الامة والحكومة ودخلت في دائرة القانون الدولي العام على ان هذا الرأي لايخلو من الضعف ايضاً لان حق المعاقبة نعم انه يتعلق بمصالح الامة كلها ولكنه يرتبط ايضاً بمصالح الافراد فوالحاله هذه يمكننا اعتباره من الحقوق الشبيهة بالخاصة او العامة ولذلك فقد اتفق اغلب الشراع على ان يفردوا للمنازعات الخاصة بالجرائم قانوناً خاصاً يسمى بالقانون الدولي الجنائي

(٧) اما الصفات المميزة للقانون الدولي الخاص والفاصلة بينه و بين القانون الدولي العام فهي (١) ان الاول ينحصر في المنازعات القائمة بين الافراد المختلفي التبعية والثاني في المنازعات الحاصلة بين الحكومات (٢) ان مسائل الاول يحكم فيها بمقتضى قوانين وضعية معلومة متبعة الاجراء واما الثاني فالحكم في مسائلة يرجع الى المعاهدات الدولية او النواميس الطبيعية (٣) ان احكام الاول ينفذ مفعولها في البلاد التي اصدرتها ويجوز سريانها ايضاً في البلاد الاجنبية تحت شروط مخصوصة سيأْتي ذكرها

اما الاحكام المختصة بالثاني فبما انها تكون رابطة بين دولتين على الاقل فان لم تنفذ بطريقة ودية بواسطة الوكالات السياسية فلا تنفذها الا قوة السيف ونريد به الحرب بين تينك الدولتين

(٨) اذا تقرر ماذكرنا فلنبحث عن علاقة القانون الدولي الخاص بسائر الشرائع الاهلية فنقول ان ميل كل الامم الى توحيد شرائعهم اشهر من ان تذكر ولكن الطبيعة تأْبى ذلك فان اختلاف الامم في عوائدهم

واخلاقهم ولغاتهم يقتضي اختلافهم في الشرائع والقوانين وتعذر وجود قانون دولي عام او خاص قائم بذاته واجب التنفيذ على افراد سائر الشعوب والامم كما صرح بذلك كثير من الشراع وخصوصاً في انجلترا والولايات المتحدة بامريكا الشمالية فقد اثبت المتشيعون لهذا المذهب بان القانون لا يعتبر وجوده الا اذا امكن تنفيذه وكل امة تنفذ قوانينها الاهليه بواسطة ما انشأته من المحاكم القضائية والقوى التنفيذية التي لا بد من وجودها في كل الحكومات اما خارجها فبالعكس فان الحكومات لما كانت مستقلة باحكامها وحقوقها ونظاماتها وكان غرضها الذي تصوب اليه هو دفع كل يد تريد التغلب عليها او التداخل في شؤونها فقد تعذر ايجاد قوة عالية من شأنها النظر في الخلاف والنزاع الحاصلين بين الأمم ولكن التمدن الحديث قد بث بين الامم من الاميال والاخلاق والعادات المتقاربة التي تكاد تتحد وخصوصاً لما اقتضته التجارة من المعاملات المتبادلة فمالت الامم الى توحيد احكامها وآثرت التنازل المتبادل عن بعض حقوقها عن اثارة غبار الحرب التي هي حطة في الانسانية ونقطة سوداء في وجه التمدن الحاضر

على أن هذا الرأي ولو ظهر بادئ بدء انه من الصحة بمكان عظيم الا انه بالحقيقة بعيد عنها ولذلك رفضه شراع فرنسا وايطاليا والمانيا وفي الوقائع فان الشراع المذكورين قالوا ولو انه لا يوجد الآن قانون دولي وضعي سار على كل الامم فان هناك قانوناً دولياً معنوياً لم يخرج حتى الآن الى الوجود والظهور ولكنه لا يلبث بتتابع الزمان وكرور الايام ان يكتسب الصفة الوضعية اذ تكاد الامم تتفق على اصول ثابتة تسري عليها من غير

استثناء فلو نظرت في احكام الزواج مثلاً لرأيت الحكومات كلها مقررة بأن عقد الزواج لابد من ان يرجع في شكله الى احوال الجهة المحدد فيها العقد وشروط صحته واحكامه ترجع الى القانون الاهلي للمتعاقدين وليس هذا التوافق قاصراً على هذه المسألة وما شاكلها بل متعدياً الى اغلب المعاملات ان لم نقل الى كلها ولم يبق الاّ وضع الاحكام المتعلقة بها والمتفق عليها في قالب شرع وضعي

ومما يزيد هذا الرأي صراحة ان الامم ليست الاّ مجتمعات حرة مسؤلة عما تفعله مثل الافراد ومتى كانت كذلك فكما ان هناك حقاً واجب التنفيذ بين الافراد فهناك ايضاً حق واجب التنفيذ بين الامم

ومن البواعث على هذا الاتفاق (١) معاهدات الدول المبرمة بواسطة الوكالات في السياسية (٢) تشابه القواعد المتبعة في تقرير احكام البلاد المختلفة

ولا يغرب عن ذهن العاقل بان الامل في توحيد الاحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص وطيد وانه في ازدياد يوماً عن يوم وقد يستطاع وضع قانون دولي خاص تتبعه كل الدول فيما يتعلق بالمنازعات القائمة بين افرادها المختلفة . واما القانون الدولي العام فالاتفاق على توحيد احكامه مع انه من الممكنات فالوصول اليه والحق يقال صعب والسبيل المؤدي اليه وعر ونرجوا ان شاء الله تعالى بحوله وقوته ان تحقق فيه الآمال ولا تخفق فيه المساعي المبذولة الآن بين الامم حباً في وضعه والسير على مقتضاه ودفعاً لما تستلزمه المشاكلات من الحروب الآيلة الى الخراب والدمار فما ذلك على الله بعزيز

الفصل الثاني

﴿ لمحة تاريخية في القانون الدولي الخاص ﴾

(٩) من امعن نظره فيما تقدم لنا في الفصل الاول علم ان القانون الدولي الخاص لا يتصور وجوده الا اذا حوت المنازعات المتعلقة به الشرطين الآتيين (١) اختلاف جنسيه الشخصين المتنازعين (٢) تبعيتهما لدول مستقلة ذات قوانين مختلفة وذلك من الادلة على حدوث عهد هذا القانون فقد وجد بوجود الاستقلال في الامم وتكوين كل امة او فريق هيئة حاكمة مستقلة قائمة بذاتها فالامة الرومانية مثلاً مع انها اقدم الامم المتشرعة كان لها السيطرة العظمى على ممالك كثيرة ذات قوانين وعوايد وطبايع مختلفة الا انهُ بالنسبة لرجوع القوانين المذكورة الى قانون واحد وهو القانون الروماني الاصلي ثبت ان الامة المذكورة لم يكن لديها رائحة القانون الدولي وذلك انهُ متى تضاربت العوايد والقوانين واختلفت المصالح حصل من جراء ذلك المشاكلات والمنازعات الامر الذي تقرره البداهة ولا يختلف فيه اثنان وحيث ان الحكومة الرومانية كانت ناشرة الوية سلطتها على جميع الممالك الواقعة على شواطىء البحر الابيض المتوسط فبالطبع لابدّ من حصول نزاع بين افراد هذه الممالك المستقلة بارادتها وابنائها كانت تفضي الى القتال لولا القانون الروماني الخصوصي المسمى بالقانون العام Droit des gens الذي كان يحكم في هذه المنازعات فيفض مشكلاتها ثم انقرضت دولة الرومان وحل محلها الجرمانيون المعروفون ببرابرة

الشمال وكان من اصول هذه الامة شخصية القانون اي اتباع الاشخاص لقوانين بلادهم اينما حلوا بصرف النظر عن قوانين البلاد التي قد يقيمون فيها فكان ينشاء من هذه القاعدة مشاكل لا تحصى ومضار لاتستقصى اذ قد يكون العقار الواحد مثلاً خاضعاً لعدة قوانين في آن واحد او ازمنة متعاقبة اذا كان مملكاً لشخصين او عدة اشخاص مختلفي الجهات او بانتقاله من يد الى اخرى تخالفها في الجنسية ومن ثم لم يكن لدى الجرمانيين مصداق قانون دولي بالمرة لعدم استكمال الشرطين المنوه عنهما سابقاً

اما زمن الحكومات الالتزامية التي هي عبارة عن استئثار اكابر البلاد واصحاب الاملاك العظمى لنقط البلاد واستقلالهم فيما وكل الى عهدتهم وظهورهم مظهر السيادة والعظمة الملوكانية المعبر عنهم بملوك الطوايف فقد كان الامر لديهم على عكس الامم المتبربرة بمعنى انهم حصروا تطبيق قوانينهم على القاطن ببلادهم مهما كانت جنسيته ولم يقيدوه بعشائرهم كما فعلت ذلك الامة الجرمانية الامر الذي يثبت اختلال القوانين المذكورة لما ينشأ عنها من ان المالك لعقارين او لعدة عقارات مختلفة الاقليم يكون تابعاً لعدة قوانين في آن واحد ومن هذا يعلم ان القانون الدولي لم يكن له اثر لديهم كذلك

وفي القرن الخامس عشر كانت ايطاليا مؤلفة من عدة ممالك صغيرة وجمهوريات ابناؤها مولعون بالتجارة البرية والبحرية لما منحها الباري من حسن الموقع وكثرة المواني المهمه وكثيراً ما كان ينشأ منازعات بين افراد هاتيك الجمهوريات وتلك الحكومات وكان اذ ذاك بايطاليا جمعية عمومية

تسمى بوست جلوساتير Post-Glossateures من شأنها النظر في تفسير وتأويل نصوص القوانين الرومانية تحت رئاسة المسيو بارتول فاستحسنت ترك التقيد بالاراء القديمة وصورت الاحكام بحسب الاحوال الشخصية تارة والعينية اخرى وقضت بان الشخص في الاحوال الشخصية يكون منقاداً لقانون وطنه وفي الاحوال المتعلقة بالضبط والامن العام وبالعقار يكون تابعاً للمحل الموجود به ذاك الشخص او العقار

ولموافقة هذه القاعدة للعدالة ولاستقلال الامم من وجه ولكونها لم تخرج عن التقسيم الطبيعي من وجه اخر فقد انحاز اليها العلامة الشهير ديمولان وادخلها في فرنسا في القرن السادس عشر

اما انكلترا واميريكا فقد اتبعتا طريقة اخرى هي طريقة العلامة دارجان تري ومفادها تعميم اتباع القوانين للمكان قاعدةً وللشخص في احوال مستثناة وقد دارت هذه الطريقة وما ذكر قبلها على محور البحث والمناقشة فمال كثيرون الى جانب السلب وانعطف آخرون الى جانب الايجاب وخوف التطويل في هذا البحث الان آثرنا تركه لفرصة اخرى

وفي القرن السابع عشر ظهر القانون الدولي في هولاندا لانها كانت اذ ذاك منقسمة الى عدة ولايات صغيرة فالعلامة فوئت اتبع طريقة دارجان تري ولم يخالفه الا في بعض مواد استثنائية

وفي القرن الثامن عشر انتشر القانون الدولي الخاص في فرنسا انتشاراً اوجب الالتفات اليه فقد عول ابتداءً على استعمال طريقة دارجان تري ولكن هذا الاستعمال لم يكن الا ظاهرياً ومن تمعن في قانون نابوليون

والقوانين الفرنساوية وجد ان الطريقة المتبعة هي عين الطريقة التليانية اي طريقة برتول

الفصل الثالث

الجنسية على العموم

١٠ — في ماهية الجنسية — ١١ — في الفائدة العائدة من دراسة الجنسية في القانون الدولي الخاص ١٢ في العوامل المقررة للجنسية — ١٣ — في كيفية تقرير الجنسية النسلية أو الاصلية من الوجهة العقلية ١٤ لمحة تاريخية في كيفية تقرير الجنسية — ١٥ — فيما قرره الشارع العثماني — ١٦ — فيما قررته الشرائع الوضعية ١٧ في حصر المنازعات التي يتصور حصولها في مسائل الجنسية .

(١٠) لا يرتاب أحد في ان كل ابن انثى على وجه البسيطة لابد ان يكون مرتبطاً برابطتين احداهما عامة وهي الرابطة الوطنية وثانيتهما خاصة وهي الرابطة العائلية وتفصيل ذلك ان الباري جل شأنه لما ابدع الانسان اودعه ميلاً ونزوعاً للمدنية والاجتماع الى درجة بها لا يستطيع القيام بحاجياته غذاء وملبساً ومسكناً ودفاعاً عن عرضه ونفسه ونفيسه الا اذا قرن حياته المادية والادبيه بها ولما كان اول مراتب الاجتماع المذكور الاجتماع العائلي الذي منهُ التناسل والتوالد وعليه الحياة والعمران وثانيهما الاجتماع الرهطي

او الوطني الذي هو اعم من الاول لتكونهِ من عائلات مختلفة جمعتها وحدة المشارب واتفاق الاميال وتشابه الاغراض كان بالطبع كل واحد من بني النوع مرتبطاً بهاتين الرابطتين العظميتين اللتين هما رابطة التناسل ورابطة الامة والوطن المسماة لغة واصطلاحاً « بالجنسية » وعليه فالجنسية هي « تلك الرابطة المعنوية الحاصلة بين شخص وبين امة ذات استقلال وبلاد مخصوصة » وقد يشتبه أول الامر في ان المراد من الجنسية هو الوطنية ولكن الأمر بخلاف لان الوطنية جزء تابع للجنسية وفرع منها لانها الرابطة بين شخص وبين جزء من مملكة مستقلة كالوطنية المصرية التابعة للجنسية العثمانية وكذلك الوطنية الجزائرية التابعة للجنسية الفرنساوية وهكذا

(١١) والفائدة العائدة من دراسة الجنسية في هذا القانون هي (اولاً) معرفة جنسية المتداعيين حتى اذا كانت مختلفة دخل شقاقهما ونزاعهما ضمن المسائل الدولية الخاصة بخلاف ما اذا كانت متحدة فيكونان من اختصاص القانون الداخلي لكل امة وهذه الفائدة كثيرة الاهمية لدينا لتنوع محاكمنا وتباين اختصاصاتها وعدم وحدة القضاء في بلادنا كما يعلم ذلك من اطلع على لائحتي اجراآت المحاكم الاهلية والمختلطة وعلى اختصاص المحاكم الشرعية والقنصلية

(ثانياً) الوقوف على القوانين الشخصية لافراد الحكومات المختلفة لاننا سنرى فيما بعد ان من بين المسائل الدولية ما يستدعي اتباع القوانين المذكورة التي لا مقرر او معين لها الاّ الجنسية

(١٣) اما العوامل المقررة للجنسية فهي على نوعين عامل النسل

المسمى بعامل الدم jus sangunis ومفاده تقرير جنسية الشخص بمراعاة جنسية والديه اللذين هما اصل وجوده ومبرزاه الى عالم الظهور والحياة · وعامل المكان او الاقليم jus loci او jus soli وفحواه اتباع جنسية الشخص لجنسية الجهة التي ولد فيها وبهذين الاعتبارين فالجنسية إما اصلية أو نسلية واما مكانية

(١٤) ولنبحث الآن عن افضلية احد هذين العاملين على الآخر في تقرير جنسية الانسان فنقول · لاخلاف في ان ذا الابوين المتحدي الجنسية المولود بوطنهما يتبع جنسيتهما انما يسود الخلاف في تعين جنسية من كان ابواه متحدي الجنسية وكانت ولادته بجهة غير موطنهما وفي هذه الحالة نقول بان الحكمة والبداهة يقضيان بتفضيل الجنسية النسلية على المكانية والحكم باتباع المولود لجنسية والديه وذلك للسببين الآتيين (١) قد تكون الولادة في المكان نتيجة امر عرضي كالمرور من جهة الى اخرى او اثناء سياحة او غير ذلك وهذا الامر العرضي لا يعارض الامور الثابتة الحقيقية ولا يفضل عليها الا وهي الجنسية الابوية الثابتة من قبل (٢) الجنسية عبارة عن ممزوج معنوي من اخلاق وعوائد ولغة وديانة وكل هذا لا ريب يصل الى المولود بطريق الارث عن والديه لا بمجرد وضعه بجهة من الجهات

(١٥) وقد كان هذا المذهب متبعاً لدى الامم القديمة كالدولتين اليونانية والرومانية وكالامة الجرمانية واما الحكومات الالتزامية فلاعتبارها ان الشخص تابع للجهة كانت تقرر الجنسية بمراعاة مكان وضع المولود

(١٦) واما الآن فقد اختلفت الحكومات وذهبت في ذلك الى

اربعة مذاهب : اولها تفضيل الجنسية النسلية على المكانية مع تسهيل منح جنسيتها للمولودين بجهاتها ومن الحكومات المتبعة لهذا الرأي والمحازة له الحكومة العثمانية كما يعلم ذلك من القانون الصادر في اول ينايرسنة ٦٩ فان القانون المذكور عوّل ابتداء على الجنسية النسلية ثم عرّج قليلاً الى المكانية حيث سهل لدى الابوين الاجنبيين المولود ببلاد الدولة التحصل على الجنسية العثمانية بمجرد طلبها من نظارة الخارجية في مدة السنوات الثلاث التالية لبلوغه ولم يتساهل الشارع العثماني الى هذا الحد الا نظراً للحالة الحاضرة حيث ان طرق المواصلات قد جمعت بين العثماني وابناء الامم الاخرى المتنوعة وكثر بذلك وجود الاجنبي في املاك الدولة فحباً في توحيد العلاقات وحسماً للمشاكل والمنازعات التي تحصل عادة بين مختلفي الجنسية اضطر الشارع المذكور الى تسهيل اكتساب الجنسية بقدر الامكان

(١٧) والذي شارك الحكومة العثمانية في الانحياز الى هذا المذهب امة فرنسا فانها قررت ما قررته الامة العثمانية تماماً الا ان الشارع الفرنساوي لم يقيد طلب الجنسية بشرط البلوغ كما فعل ذلك الشارع العثماني بل صرح ايضاً للقاصر باذن وليه او وصيه بالمطالبة بها متى كان ميلاده بجهة من الجهات الفرنساوية (راجع القانون الصادر في سنة ١٨٨٩) ومثل فرنسا والدولة العثمانية في اتباع هذا المذهب ايضاً حكومة البلجيك (قانون ١٣ اغسطس سنة ١٨٨١) وهولانده (راجع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانونها المدني) وايتاليا (راجع المواد ٤ و٦ و٧ و٨ من القانون المدني الصادر في سنة ١٨٦٥) واسبانيا (راجع الفقرة الثانية

من المادة ١٧ وكل من المادة ١٨ من القانون المدني الاسبانيولي) وروسيا (راجع المادة ١٢ من قانون ٦ مارس سنة ١٨٦٤) واليونان (راجع المواد ١٤ و١٧ و١٩ من القانون المدني اليوناني) وبلغاريا ومكسيكا وغراندوقية لكسمبرج . هذا وفاتنا ان نذكر في هذا المذهب ان الولد قد لايعرف له والد كأن كان ابن زنا اولا يعرف لهُ والد وام كأن كان لقيطاً وفي الحالة الاولى يتبع جنسية امه وفي الثانية جنسية الجهة التي وجد بها وثانيها تغلب الجنسية المكانية اى جنسية الولادة على الجنسية الاصلية والحكومات المتبعه لهذا الرأي والمقرره له هي الحكومة الالمانية (راجع المواد ١ و٢ و٣ و٤ من القانون الصادر في اول يونيه سنة ١٨٧٠) وحكومة النمسا والمجر (راجع المادتين ٢٨ و١٠٥ من القانون المدني النمساوي الصادر في سنة ١٨١١ والمادة ٢ وما يليها من القانون المجرى الصادر في سنة ١٨٧٩) وحكومة السويد (راجع المادة السابعة من القانون الصادر في سنة ١٨٣٤) وحكومة سويسرا (راجع المادة ٤٣ من القانون الصادر في مايو سنة ١٨٧٤)

وثالثها — اعتبار جهة الولادة في تقرير الجنسية مع مراعاة الجنسية النسلية بمعنى ان مبدأَها الاصلي أعتبار جهة الوضع الاَّ انها تمنح للمولود حق طلب جنسية والديه . وهذا الرأي كما لا يخفى عكس المذهب الاول والمقرر له حكومات امريكا الجنوبية طمعاً في تكثير افرادها

ورابعها — اعتبار كلا العاملين معاً في تقرير الجنسية المكانية للمولودين ببلادها مهما كانت جنسية اصولهم وتعول كذلك على الجنسية النسلية للمولودين من رعاياها في ممالك أُخرى والمنحاز لهذا المذهب الاخير الحكومة

الانكليزية فان الحكومة المذكورة قررت في المادة الرابعة من قانونها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٨٧٠ بان المولودين من رعايا الدول الأُخرى في بلادها يتبعون لجنسيتها الاَّ انها لطفت حكمها هذا بانه لو كانت الحكومة التابع لها اصول المولود تقضي بمراعاة الجنسيه النسليه فللمولود حق استرداد جنسية والديه عند البلوغ وكذلك قررت بمراعاة الجنسية النسلية لرعاياها المولودين في الخارج ·

ومثل الحكومة الانكليزية في اتباع هذا المذهب حكومات امريكا الشمالية وخصوصاً الولايات المتحدة والدانمارك والبرتغال والبرازيل وكولومبيا·

(١٧) اذا تقرر ما ذكر فلنتكلم الآن على المنازعات التي يتصور حصولها في مسائل الجنسية فنقول· المنازعات المذكورة اما ان تحصل بين امتين تابعتين لمذهب واحد او لمذاهب مختلفة فمن نوع المنازعات الاولى ما يحصل بين دولتين قاضيتين باعتبار الجنسية النسلية ومسهلتين للاجانب المولودين هم واصولهم فيهما اكتساب جنسيتهما فانه في هذه الحالة لو فرض توفر هذا الشرط الاخير فان المولودين تتنازعهم جنسيتان جنسيتهم النسلية وجنسية جهة مسقط رأسهم والذي يلزم لحسم هذا النزاع عدم ارتكان الامة التي منها المولودون خارجا على اعتبار جنسيتها الاصلية لانها نفسها قررت بتسهيل منح جنسيتها للمولودين هم واصولهم بها ومتى حكمت لنفسها بذلك فالعدالة تقضي باعتبار ذلك بالنسبة لغيرها من الحكومات الأُخرى المماثلة لها في مذهب تقرير الجنسية · ومن ذلك ايضاً ما يحصل بين الامم المقررة للمذهب الاول اي المعتبرة عامل التناسل في كيفية تقرير جنسيتها

فان من الجائز ان يغير الزوجان جنسيتها وقت الحمل بالطفل فيحصل النزاع بين الامة الاصلية التي كان منها الزوجان قبل تغيير جنسيتها و بين الامة المتخذة جنسيتها حديثاً وحاصل ما قررته الشرائع التي من هذا القبيل ان المولود يتبع جنسية والديه الاصلية اي القديمة واثبتت ذلك بان الشريعتين الاسلامية والرومانية قررتا بان الحمل يعتبر حيا متى كان له نفع في هذا الاعتبار وهنا نفع المولود اتباع جنسية والديه الاصلية لتمتعه بالحقوق المكتسبة له وقت الحمل والتي خولتها له شريعة اصوله

ومن نوع المنازعات التي تحصل بين الامم المتبعة لمذاهب مختلفة ما يحصل بين امتين قررت احداها الجنسية الاصلية وثانيتها الجنسية المكانية فانه لو فرض وضع مولود تقضي شريعة والديه باعتبار الجنسية النسلية في جهة تقضي باعتبار الجنسية المكانية فان الولد تتنازعه جنسيتان ولم تقرر الشرائع الى الان وسيلة لحسم هذا النزاع الا ان من الواجب اتباع كل الامم لمذهب واحد فيما يتعلق بتقرير الجنسية فضاً للمشاكل وفصما للخلاف وهذا ما تصوب اليه آمال كل الحكومات في هذا العصر وعسى ان تصل الى المبتغى بمنه وكرمه والله اعلم

الفصل الرابع

في تغيير الجنسية على العموم

الزواج — التجنس — الاحتلال

الزواج — ١٨ — حكمة تغيير الزواج للجنسية — ١٩ — الشريعة العثمانية — ٢٠ — الشرائع الوضعية — ٢١ — استثناء من القاعدة

(١٨) اول موجبات تغيير الجنسية الزواج ويراد بذلك حوز المرأة لجنسية زوجها متى كان اجنبياً عنها فصما لاسباب الشقاق وعدم الوفاق بين اعضاء العائلة الواحدة وتوحيداً للعلائق والروابط الشخصية والمالية الحاصلة بين الزوجين لجواز اختلاف احكام قانونيهما فيما يتعلق بذلك

(١٩) وقد قررت الشريعة العثمانية هذا المبداء دلالة لا صراحة في المادة السابعة من القانون الصادر في اول يناير سنة ٦٩ حيث نصت المادة المذكورة على ان العثمانية المتزوجة باجنبي والفاقدة جنسيتها الاصلية يمكنها استرجاع هذه بعد وفاة زوجها اذ يوخذ من هذه العبارة دلالة ان الاجنبية كذلك متى تزوجت عثمانياً صارت عثمانية.

(٢٠) ومثل الشريعة العثمانية في ذلك مثل الشرائع الفرنساوية والالمانية والسويسرية اما الحكومة الانكليزية فانها رفضت حكم هذا المبداء من غير استثناء ثم رجعت اليه وعولت على منح الزوجات الاجنبيات جنسية ازواجهن من رعاياها مع عدم مراعاة العكس اي انها لا تصرح لنسائها

باكتساب جنسية ازواجهن الاجانب ثم لما رأت مضادة هذا الحكم الاخير لمبادىء العدالة رضخت لما قررته الشرائع كلها وقررت في قانون ١٢ مايو سنة ١٨٧٠ باعتبار الزواج داعياً الى تغيير جنسية الزوجة على وجه العموم

(٢١) هذا وليعلم انه ليس من الضروري ان يغير الزواج جنسية الزوجة الاَّ اذا قضت شريعة الزوج بذلك والاَّ حفظت جسنيتها الاصلية ولم ينص الشارع العثماني عن ذلك في قانونهِ غير ان البداهة تقضي بتأييد مثل هذه الملاحظة والاَّ لا صبحت المرأة عديمة الجنسية

﴿ في التجنس ﴾

٢٢ — حرية الرحيل — ٢٣ — حرية التجنس — ٢٤ — ماهيتهُ — ٢٥ — في ما قررتهُ الشريعة العثمانية من حيث الشروط اللازمة لاكتساب جنسيتها — ٢٦ — فيما قررتهُ القوانين الوضعية في ذلك — ٢٧ — حكم التجنس ونتيجتهُ

(٢٢) قبل الدخول في موضوع التجنس نبداء بالكلام على مسأَلتين مهتمين لها ارتباط عظيم بالموضوع هما حريه الرحيل وحرية التجنس اما حرية الرحيل ويراد بها ما للانسان من الحق في ترك وطنه والاقامة حيث يطيب لهُ المقام فهذا امر قد اتفقت عليهِ كل الامم وجعلته من ضمن الحقوق المقدسة التي للافراد عليها اذ حرية الرحيل ليست شيئاً اخر سوى الحرية الشخصية لكل انسان في زهابهِ وايابه ولا يخفى ما وراء هذه من انتشار

العمران في انحاء البسيطة وقد برهن علماء الاقتصاد السياسي على ان في ذلك فوائد اقتصادية للامة المرتحل عنها والمرتحل اليها ومحصل ما قالوه ان الامة لايعظم لها شأن الاّ اذا استخلصت افراداً امناء صادقين مخلصين طائعين حميدي السير والسيرة يريدون لها الخير والسعادة ولا ريب في ان المرتحل عن بلاده التارك لاوطانه وامته ان لم يكن اصابه منها ما دفعه الى الرحيل عنها عن قلى وبغض فلا مفر من التصديق بانه تركها لعدم توفر عيشه بها لكثرة افرادها وقلة خيراتها فمن الخطا العظيم اكراهه على المقام ببلادٍ لا وسيلة له الى التعيش فيها سوى اقتراف الآثام والذنوب واتيان المحرمات والمنكرات كالسرقة والنصب وما شاكلها اما اذا تركها ليذهب الى شاء من البلاد التي يجد بها راحته وخفض عيشه وخصوصاً القليلة السكان كبلاد امريكا مثلاً فهذه تكسب منه صداقته لها من وجه وانماء ثروتها وتجارتها وصناعتها من وجه آخر وهو يكسب منها طيب حياته ولين عيشه

(٢٣) واما حرية تغيير الجنسية ولو ظهر لنا من اول وهلة وجوب منحها للافراد فاننا نرى بعد التأمل (اولاً) ان الجنسية كما اسلفنا مجموعة من عوائد واخلاق ولغة وديانة وان من الصعب بل من المتعذر تغيير كل ذلك بمجرد الارادة (ثانياً) ان الفرد مثلما له على امته حقوق فهي لها عليه حقوق اهمها الانتظام في خدمة جيشها ومطاردة اعدائها والمدافعة عن حقوقها ببذل الانفس والنفائس ولا يتصور احد انه بمجرد الارادة يتمكن من التخلص من اداء هذا الواجب المقدس بتغيير جنسيتهِ وانتمائه لبلاد اخرى ربما كانت عدوة لوطنه وزيادة على ذلك انه على فرض منح الامم لافرادها حرية التجنس

فالامة المطلوبة جنسيتها بالطبع لاتندفع الى منح هذه لكل طالب بلا نظر وروية بل بداهة لابد ان تضع حدًّا لذلك باستلزام اداء شروط مخصوصة قلما توجد في من يريدون غالبًا تغيير جنسياتهم ويؤخذ من ذلك جليًا ان انظار الامم وافكارها متجهة الى حصر دائرة التجنس بقدر الاستطاعة

(٢٤) اذا تقرر ذلك فنقول ان للتجنس معنين احدهما عام وهو مطلق تغيير الجنسية وثانيهما خاص وهو قبول امة افراد امة اخرى قاموا باداء شروط مخصوصة في عداد ابنائها بامر صريح صادر من سلطتها العمومية وهذا التعريف الاخير هو ماهية التجنس الحقيقي الذي نحن بصدد الكلام عليه

(٢٥) وقد نص عنه القانون العثماني الصادر في يناير سنة ٦٩ في مادتيه الثالثة والرابعة حيث ميز بين التجنس العادي والتجنس الامتيازي وقرر انه فيما يتعلق بالاول لابد من العرض من طالب الجنسية البالغ الى وزير الخارجية العثمانية بعد توطنه بجهة من جهات الدولة مدة خمس سنوات متوالية لا انقطاع فيها وقضى بجوهرية هذه الشروط الثلاثة اي بلزوم توفرها للحصول على الجنسية العثمانية بحيث يكفي في تعذر اكتسابها عدم توفر احدها خلافًا لما قرره بعض الممالك من امكان اكتساب جنسياتها بمجرد التوطن باملاكها مدة معلومة ولو من غير طلب وعرض

واما التجنس الامتيازي فهذا في العادة لايحصل الا لمن ادى للدولة خدمات جليلة يستحق عليها الجزاء والمكافأة ولا لزوم فيه الى استيفاء الشروط المختصة بالتجنس العادى غير ان قانون سنة ٦٩ نص في مادته الرابعة على وجوب صدور امر سلطاني بذلك بعد العرض من طالب الجنسية

(٢٦) اما القوانين الوضعية فقد اختلفت في هذا الموضوع من حيث تقرير الشروط اللازمة للتجنس

فالحكومة الانكليزية ولو انها (قبل ان تصدر قانون ٤ اغسطس سنة ١٨٤٤) كانت تهب جنسيتها لمن تريد وتحب بناءً على قرار يصدر من البرلمان الا انها في قانونها المذكور فرقت بين التجنس البرلماني والتجنس العادي ورأت فيما يتعلق بالاول الاكتفاء بقرار البرلمان و بالثاني وجوب استيفاء الشرطين الآتيين (١) التوطن باملاكها مدة خمس سنوات في بحر ثماني سنين ولو من غير توالٍ (٢) العرض بذلك الى وكيل نظارة الداخلية وزادت على ذلك تعهدّ الطالب بالاقامة في املاكها

وفي قانون ١٢ مايو سنة ١٨٧٠ ابطلت التجنس البرلماني واكتفت بالعادي بشروطه السالفة الذكر

﴿ والحكومة الالمانية ﴾ نصت في قانونها الصادر في اول يونيه سنة ١٨٧٠ على وجوب توفر شروط اربعة فيمن يريد اعتناق جنسيتها وذلك ان يكون الطالب (١) بالغًا الرشد (٢) قادرًا على التنازل عن جنسيته الاصلية اي ان قانونه يصرح له بذلك (٣) ان يبرهن على حسن سلوكه وادابه (٤) ان يكون في استطاعته التكسب ويعلم من ذلك انها لم تشترط توطن الطالب باملاكها

﴿ اما ايتاليا ﴾ (راجع المادة العاشرة من قانونها المدني الصادر في سنة ١٨٦٦) فانها لم تضع قط شروطًا للتحصل على جنسيتها وقضت بان ذلك يكون اما بمقتضى امر ملوكاني (ديكريتو) او بناءً على قانون معمول به

والمظنون ان الفرق بين الحالتين تمتع المتجنس بجميع الحقوق السياسية في اولاها و بحق الانتخاب فقط في ثانيتها الاّ انه لما كان مصرحاً للاجانب في ايتاليا بالتمتع بجميع الحقوق العامة وفي جملتها الحقوق السياسية فليس ثمّ فائدة في طلب جنسيتها

﴿ واما فرنسا ﴾ فانها عوّلت في اتخاذ جنسيتها على استيفاء شرط الاقامة بها او بمستعمراتها مدة ثلاث سنوات تبتدئ من يوم طلب الاجنبي التصريح له بالاقامة في فرنسا والاّ فان لم يطلب ذلك فالمدة المقررة عشر سنوات الاّ اذا كان متزوجاً بفرنساوية او ادّى خدمات جليلة للحكومة الفرنساوية فالمدة سنة واحدة

﴿ واما بلجيكا ﴾ ففرقت بين التجنس العادي و بين التجنس الكبير (Grande Naturalisation) وسواء في اولها او في ثانيها فلا بد ان يكون التجنس صادرا عن نص قانوني غير ان الفرق بينهما هو من حيث الحكم والنتيجة فالتجنس العادي يمنح صاحبه جميع الحقوق السياسية غير حقوق الانتخاب والتوظف بمنصب الوزارة وشروطه ان يكون الطالب بالغاً من السن احدى وعشرين سنة وان يكون قد توطن ببلاد بلجيكا واقام بها مدة خمس سنوات ولو من غير تصريح · اما التجنس الكبير فيمنح صاحبه جميع الحقوق التي للاهالي على الحكومة من غير استثناء وشروطه ان يكون الطالب بالغاً من العمر ٢٥ سنة متزوجاً او له اولاد من زواج منحلّ اما بالطلاق او بالوفاة وان يكون سبق توطنه ببلاد بلجيكا مدة عشر سنوات ان لم يكن متزوجاً حالاً ببلجيكية او كان متزوجاً بها وانحل زواجها وخلف منها اولاداً فان كان كذلك فالمدة خمس سنوات اما العازب فيشترط ان يكون

بالغاً من السن خمسين سنة وان يكون اقام بالبلاد البلجيكية مدة خمس عشرة سنة كاملة

(٢٧) قد استوفينا الكلام على كل ما يتعلق بالتجنس ولم يبق علينا سوى الكلام على حكمه ونتيجته و بالخصوص عما اذا كان التجنس شخصياً او متعدياً الى غير المتجنس كاولاده او زوجاته فنقول (١) ان التجنس يمنح اصحابه جميع الحقوق المدنية للامة المكتسبة جنسيتها وتارة الحقوق السياسية لها مع بعض استثناء (٢) احكام التجنس لا تسرى على المتجنسين الاّ بعد تجنسهم (٣) واما من حيث تقيده بالشخص او تمديه الى غيره من الاولاد والزوجات فنقول ولو ان العقل يقضي بتعدي الجنسية الى الاولاد والزوجات لما هناك من العلائق الشخصية والمالية العظيمة بين افراد العائلة الواحدة الاّ ان جميع الشرائع متجهة الى اعتبار التجنس مقيداً بنفس الطالب وذلك من وجه لاستلزام التجنس شروطاً مخصوصة ربما لا تتوفر في الاولاد والزوجات ومن وجه آخر لانهُ لا يعقل ان فرداً من العائلة يغير جنسيته لمصالح نفسه الخصوصية يقضي على بقية الافراد الاخرى بتغيير جنسيتهم ايضاً اذ ربما لا يكون لهم صالح في ذلك بل ضرر عظيم ولننظر الآن في ما قررته الشرائع المختلفة فنقول ان الدولة العثمانية خالفت في ذلك جميع الدول الأخرى حيث ذكرت في المادة الثامنة من قانونها الصادر في يناير سنة ٦٩ ان الاولاد اما ان يكونوا بُلَّغاً او قصرا وفي الحالة الاولى يكون لهم الحق اما في البقاء على جنسيتهم الاولى او في اكتساب جنسية آبائهم وفي الحالة الثانية لا بد من بقائهم على جنسيتهم الى ما بعد البلوغ

ويكون لهم اذ ذاك حق الاختيار بين الجنسيتين القديمة والجديدة

وأما سائر الشرائع الاخرى فقررت فيما يتعلق بالبالغ ما قررته الشريعة العثمانية واما فيما يختص بالقصَّر فرأت ان تكسبهم في الحال جنسية آبائهم الجديدة وحفظت لهم حق الاختيار بعد بلوغهم بسنة بين بقائهم على الجنسية الجديدة المكتسبه والجنسية القديمة الاصلية

هذا فيما يتعلق بالاولاد واما الزوجات فلم ينص القانون العثماني على شيء بشأنهن وربما يؤخذ من عدم نصه مساواة الزوجات بالاولاد في اكتساب جنسية ازواجهن خصوصاً وان الذي يؤيد هذا الظن دوام اتباع الزوجة لجنسية زوجها ولكن يمكن ان يرد على ذلك بان الزوجة غير مكرهة الاَّ على اتباع جنسية زوجها وقت الزواج فقط وفيما بعد يكون لها الحق في حفظ جنسيتها

في الاحتلال

(٢٨) ما دامت لظى الحرب مستعرة بين الامم توصلا الى الاكراه على احترام حقوقها فلا بد من قاهر ومقهور ولا ريب ان مطامع الغالب متجهة على الدوام الى انتهاك حرمة المغلوب ومن بين ذلك احتلال بلاده واستعباد رعاياه وقسرهم على اعتناق مذاهبهم وجنسياتهم اذ من المقرر لدى الامم قاطبة ان الاحتلال ينشأ عنه تغيير جنسية كل من ينتسب الى الجهة المحتلة واكتسابه جنسية الامة الحالة وقد ذهبت الامم في ذلك مذاهب مختلفة فبعضها قضى بتغيير جنسية كل من كان متوطنا بالبلاد المحتلة سواء كان من

رعاياها او من رعايا أُمم أُخرى ولم يتعرض مطلقاً لمن كان خارجاً عنها من ابنائها وغيرهم وبنى ذلك على ان رابطة التوطن والاقامة اعظم من رابطة الجنسية خصوصاً وان اغلب الامم اعتبرها سبباً في فقد الجنسية وبعضها اكتفى بتغيير جنسية ابناء البلاد المحتلة فقط والبعض الآخر رأى تغيير جنسية القاطنين والاهلين مهما كانت مواطنهم ومن الحكومات العاملة لهذا الرأى الحكومة الالمانية تنبيك عن ذلك المعاهدة الاخيرة المبرمة في ٦ مايو سنة ١٨٧٠ بينها وبين الحكومة الفرنساوية بشأن الالزاس واللورين فانها بعد ما قضت في المادة الثانية من هذه المعاهدات بان الفرنساوين ابناء الالزاس واللورين القاطنين حالاً بها الذين في عزمهم حفظ جنسيتهم الاصلية لهم لغاية اكتوبر من سنة ٧٢ حق الانتقال الى بلادهم وانهم هم الوحيدون الذين يسرى عليهم حكم تغيير الجنسية ان لم يتنقلوا ابرمت معاهدة اخرى بتاريخ ١١ دسمبر سنة ٧١ تقضي بان ابناء الوطن في الخارج كذلك وكل مقيم على وجه العموم لا بد من تغيير جنسيتهم ايضاً

هذا ويؤخذ من نص المادة السالفة كما يؤخذ من نصوص جميع المعاهدات ان الحكومات الفاتحة تمنح افراد الجهة المحتلة حق الاختيار بين جنسيتها وجنسيتهم الاصلية وتضرب لذلك مواقيت ومواعيد معينة

الفصل الخامس

في اسباب فقد الجنسية العثمانية وزوالها

(٢٩) الاسباب المذكورة على نوعين في الشريعة العثمانية (١) تغيير العثماني جنسيته من غير استئذان من الحكومة العثمانية التي يجب في هذا الحال ان تصدر بذلك ارادة شاهانية (٢) بدخوله في جيش امة أُخرى ابتغاء الخدمة لا للمساعدة في اخماد ثورة او عصيان وفي الحالتين قررت الشريعة العثمانية بمعاقبة المجترىء على تغيير جنسيته بنوعين من العقاب اولها عدم اعتبار تغيير جنسيته وثانيهما حرمانه من الجنسية العثمانية الجالب وراءه تعذر دخوله في املاك الدولة

هذا والسببان المذكوران منصوص عنهما في اغلب القوانين الاوروباوية وخصوصاً فرنسا والمانيا فيما يتعلق باولها واما ثانيهما فقد قضت به كذلك الشريعة الفرنساوية الا انها اعجمت عبارة نصها بعض الاعجام حيث انها استعملت كلمتي وظايف عمومية بدل كلمتي خدمة عسكرية

اما الشارع الانكليزي فقد نهج منهج الشارعين العثماني والفرنساوي بقانونه الصادر في اول مايو سنة ٧٠ هذا ولم تجعل الحكومات العثمانية والفرنساوية وقليل غيرها من الممالك الاخرى المكث بعض الزمن في بلاد غير بلادها سبباً في زوال الجنسية خلافاً لما قررته الحكومة الالمانية فان شارعها نص على ان من يمكث خارجاً عنها مدة عشر سنوات بدون ان يخبر وكالته السياسية الكائنة بالبلد الموجود بها فانه يفقد جنسية ومن هذا القبيل الحكومة الايطالية

والحق يقال ان الحكومتين الفرنساوية والعثمانية نهجتا في ذلك طريق الصواب اذ من الجائز ان الامة التي يتوطن ببلادها الشخص المفقودة جنسيته لا تقبله في عداد ابنائها وينشأ عن ذلك بقاؤه بدون جنسية ولا يخفى ما في ذلك من الخلل

الفصل السادس

(٣٠) ﴿ في كيفية استرجاع الجنسية ﴾

كل من فقد جنسيتهُ بسبب من الاسباب السالفة الذكر لا يمكنه الرجوع اليها الاّ اذا طلبها بالكيفية التي ذكرت في فصل التجنس ولكن بعض الدول وخصوصاً الدولة العثمانية تساهلت في ذلك كثيراً خصوصاً لمن تزوجت باجنبي ومات زوجها او طلقها فان قانون سنة ٦٩ نص على إمكان عودتها الى جنسيتها الاصلية في مدة السنوات الثلاث التي تلي الوفاة او الطلاق (راجع المادة السابعة) على شرط ان تقدم طلباً بذلك لجهة الاختصاص

الفصل السابع

﴿ حالة الاجانب ﴾

(٣١) من المقرر في الممالك الاوروباوية ان الاجنبي ليس له حق التمتع بالحقوق السياسية التي تخو لها الامة لافرادها فلا يكون له حق الاشتراك في ادارة الوظائف العمومية وعلى العموم كل ما يدخل تحت مطلق حق سياسي كحقوق الانتخاب مثلاً وقد بالغ في ذلك بعض الحكومات حتى جعل هذا الحجر ساريا على المتجنسين حديثاً ففي الولايات المتحدة لا يكون للمتجنس الا حق صيرورته منتخِباً ولا يكون منتخَباً الاَّ بعد مضي سبع سنوات ومن هذا القبيل القانون الفرنساوي الاَّ انه بدلاً من سبع سنين جعلها عشراً

اما من حيث تمتع الاجانب بالحقوق المدنية وهي المتعلقة بشخص الانسان وامواله وكيفية ادارتها فأفكار جميع الحكومات متجهة نحو تخويل الاجانب حق التمتع بها ينبيك عن ذلك ما قرره القانون التلياني المدني في مادته الثامنة حيث منح الاجانب حق التمتع بجميع الحقوق المدنية وتبعه في ذلك شارعنا المصري اما القانون الفرنساوي فلم ينص عن ذلك وانما دلت المعاملات الخارجية على اتباعه هذا المذهب والله سبحانه وتعالى اعلم

الفصل الثامن

﴾ في المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية ﴿

٢٨ — مقدمة عمومية — ٢٩ — نظرية القانونين الفرنساوي والمصري — ٣٠ — مقارنة بين القانون المصري والقوانين الاخرى

(٣٢) لو نظرنا في الاحوال المتعلقة بذات الانسان لرأيناها على نوعين اولها نسبته الى امة مخصوصة واعتزاؤه الى عائلة معلومة معهودة وهذا ما يسمى بالحالة وثانيهما قدرته او عدم قدرته على التعامل وبعبارة اخرى على التمتع بما منح له من الحقوق وعلى اتيانها وهذا ما يسمى بالاهلية او الشخصية فمجموع الحالة والاهلية او الشخصية يكون لفظ ومعنى لما يسمى بالاحوال الشخصية ولزيادة الايضاح وابانة المعمى في هذا الموضوع نقول ان الشخص لا يتصور وجوده منفرداً منعزلاً بل لابد من ارتباطه برابطتين الرابطة العائليـة كاتصافه بالابوية او الابنية والرابطة الجنسية ككونه فرنساوياً او انكليزياً ولا يخلو الامر من ان يكون الانسان متصفا بالصفتين المذكورتين واتصافه بهما هو حالة وصفة وجوده في عالم الانسان والقوانين المدنية الخاصة بالحالة هي الباحثة عن صفة الشخص من حيث كونه متزوجاً او عازباً او بالغاً او قاصراً او وصياً او موصى عليه او متبنياً او متبنًّى وهكذا وقد اضاف الرومانيون رابطة اخرى على هاتين الرابطتين يجدر بالموضوع تسميتها برابطة الحرية ككون الانسان سيدا او رقيقا غير انه لما انتفى الرق في الازمان الحاضرة ازمان الحرية انتفى بالطبع كل تمييز بين الناس وسارت

وسادت المساواة وزالت رابطة السيادة والرق التي اعتبرها الرومانيون . هذا ما يتعلق بحالته الظاهرية واما ما يتعلق بادراكه وقواه العقلية واحواله الداخلية فلا بد من حصول التفاوت والتفضيل فليس اخو عقل كذي عته او جنة او قصر في التمييز واتصاف الانسان بكمال القوى الباطنة يعبر عنه بالاهلية وهي النوع الثاني من فروع الاحوال الشخصية والمكمل لها وقد اختلف الشراع وعلماء القانون في حصر المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية وفي جملتهم الشارع المصري فادخل بعضهم في زمرتها ما يستحق الاخراج ومال الى جانب الافراط وقد ذهب الباقي عكس هذا المذهب ومال الى جانب التفريط وقد اتهم شارعنا المصري بسيره على شاكلة القوم المفرطين اذ انه اعتبر المسائل الخاصة بالهبة والارث والوصايا من المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية بخلاف القانون التلياني الذي اسقط المسائل المذكورة وليس هذا وقت الاطالة في الموضوع والاّ لبيّناً الصحيح والخطأ من كلا المذهبين ولكن رأينا والحق يقال تأييد ما قرره الشارع المصري لتعلق المسائل التي ادخلها ضمن مباحث الاحوال الشخصية لاهلية الانسان وحالته

اذا تقرر ذلك فلنبحث عما يجب ان يرجع اليه من القوانين في تقرير الاحوال الشخصية للاجانب اي في اهليتهم وحالتهم ونقول ان الشراع انقسموا في هذا الموضوع الى فريقين متضادين احدهما يقرر بوجوب اتباع القانون الاهلي للاجنبي وهذا يؤيد مذهبه بارتكانه على موافقة القوانين الاهلية للعوائد والديانات والاخلاق واللغات وانه من اللازم إذن

استدامة سريان القانون على من سن لاجله اينما ولى ضرورة ان الشخص بانتقاله لا يؤثر شيء على لغته ودينه وعادته وخلقه ولا يكتسب عوائد الامة المنتقل اليها حتى يعامل بموجب قوانينها والفريق الاخر يسلب ما قرره الاول ويحتم بوجوب اتباع القانون المحلي مستنداً على مبداء استقلال الامم قائلاً بانحصار دائرة القوانين في حدود الامم المصدرة لها الامر الذي تكلمنا عليه سابقاً وذكرنا انه مبداء الحكومات الالتزامية وبيّنا المضار العظيمة التي تنشاء عنه واحسن المذهبين واقربهما للعقل والتصور اولها انما يجب ان يقيد بمراعاة النظام العام للجهة التي بها الاجنبي المطلوب تقرير حالته الشخصية وسناتي على ذكر هذه الشواذ مفصلاً فيما بعد

ولرب قائل يقول ما المراد بالقانون الاهلي للاجنبي فقد اطلق الشراع هذا اللفظ على معنيين مختلفين احدهما قانون الامة التي يعزى اليها الشخص وثانيهما قانون الجهة المقيم بها والتي تنحصر فيها جميع اعماله الخصوصية والتي فيها يباشر جميع حقوق المدنية وجوابنا على ذلك ينحصر في المقارنة بين طرفين اختار كل منهما معنى من المعنيين المذكورين اما الطرف الاول فيؤيد مذهبه بالبراهين الاتية (١) ان ارتباط الانسان بامته اقوى من ارتباطه بالجهة المتوطن بها وذلك لامكانه تغيير محل اقامته مع الحرية التامة وبدون تقيد بشرط او اجرآت بعكس الجنسية فلا يمكن الانسان مطلقاً تغييرها كيفما اراد بل هناك شروط معلومة ان استوفاها توصل الى غرضه والاّ فلا (٢) قانون الاحوال الشخصية مؤسس على العادات والاديان والاخلاق واللغات وانتقال الشخص الى جهة اخرى غير موطنه الاصلي

لا يزيل هذه منه ولا يكسبه لغة الامة المقيم بها ودينها واخلاقها وعوائدها الا مع توالى الايام وكر الاعوام الامر الذي دفع بعض الامم الى ايجاب تغيير الجنسية حتما متى قطن احد ابنائها في بلاد اجنبية مدة معلومة متوالية. اما الطرف الاخر فقد اثبت مدعاهُ بالدلائل الآتية (١) ان ارتباط الانسان بجهة اقامته اعظم من ارتباطه بامته وذلك لان في الجهة المذكورة وسائل حياته ووجوره وفيها اختلاطه باهلها وامتزاجه بهم بحيث يعد واحداً منهم لتطبعه بعوائدهم واخلاقهم وسيره على شاكلتهم المدنية والادبية وفيها اعماله واشغاله وفوائدهُ وعائلته فهي موطنه الحق ومتى ثبت ذلك سهل الحكم بضرورة وجوب تطبيق قوانين الجهة (٢) قد يمكن ان يكون الشخص الواحد عديم الجنسية او له جنسيتان او اكثر ففي هذه الحالة كيف يمكن تقرير اهليته وحالته اذا حتم بوجوب اتباع قانون الامة وزيادة على ذلك فان الجنسية صعبة التعيين لاختلاط مسائلها واختباط احوالها واختلال قواعدها واختبال اساسها بخلاف الجهة المقيم بها الشخص فهي ظاهرة للانسان حق الظهور ومتى اراد الوقوف عليها فما عليه سوى النظر اليها بخلاف الجنسية وقد رد المذهب الاول على هذا الدليل قائلاً ان الشخص ذا الجنسيتين مثلاً اما ان تكون المنازعة الخاصة به التي يراد تطبيق القانون عليها حصلت في بلد من بلاد الامتين المذكورتين او في بلد خارج عنهما ففي الحالة الاولى يطبق قانون الجهة التي بها المنازعة وفي الحالة الثانية ينبغي تطبيق قانون الجهة التي بها محل اقامته اذا طلبتهُ واما اذا لم يكن له جنسية بالمرة فيطبق قانون البلد الذي هو بها لانتفاء رابطة الجنسية

(٣٣) ولنذكر ما قرره الشارع المصري في ذلك فنقول انه سار على شاكلة الشارعين الفرنساوي والتلياني وقرر بلزوم اتباع قانون الامة لا قانون جهة الاقامة ويعلم ذلك جلياً اما من لايحة ترتيب المحاكم او من القانون المدني المختلط وفي الواقع فان لائحة ترتيب المحاكم جعلت جميع المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية لابناء الوطن الواحد من اختصاص المحاكم الشرعية وهذا يفهم منهُ بغاية الوضوح بتتبع مسائل الاحوال الشخصية المذكورة لقانون الامة والجنسية كما ان المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية للاجانب فانها من اختصاص قنصليات الدول (٢) ذكر الشارع المصري ان المسائل المختصة بالارث والهبة تكون من اختصاص المحاكم التي يسرى عليها احكام قانون الامة فقد نصت المادة ٧٧ من القانون المدني المختلط انه في المسائل المتعلقة بالميراث تتبع قانون الشخص المتوفى

(ملحوظ) القاعدة المتقدمة ينشأ عنها تسهيل تطبيق القوانين الاجنبية الخارجية عن دائرة بلادها ومزاحمتها للقوانين الاهلية الامر الذي هو والاستقلال على طرفي نقيض حتى دفع الناس الى وضع حد لا تتجاوزه القوانين الاجنبية اما الحدود المذكورة فلم تقررها للان شرائع الامم ولكن صار في حكم المقرر لديها بعض شواذ ومستثنيات اختلف الباحثون في حصرها فقال بعضهم (١) يصح سريان القانون الاجنبي وتطبيقهُ ما لم يضر بالوطني والَّا امتنع كل تطبيق ويؤيدون ذلك بالدليلين الآتيين اولاً يتعسر على الوطني معرفة جميع القوانين الاجنبية ولضرورة تعامله مع الاجانب نظراً لسهولة المواصلات واتحاد التجارات والصناعات فهو يتعامل معهم غير ناظر

الى ما قررته شرائعهم ولذلك فيجب بسبب هذا التعذر والتعسير التماس العذر له في تطبيق نصوص قوانينه وموجباتها واحكامها ثانياً لم يقبل تطبيق القوانين الاجنبية الاَّ تبرعاً ومسامحةً من قبل الامم لما يعلم من ان ذلك مناف للاستقلال تمام المنافاة واذا كان الامر كذلك فمن اللازم ان يكون هذا التبرع مقيداً بمنفعة الوطن والا فلا يعد تبرعاً بل اجباراً واكراهاً وقد رد على هذا المذهب بانهُ يجب تطبيق قوانين الاحوال الشخصية للانسان مهما كان وفي اي جهة يحل بها ولو كان في تطبيقها ضرر لأبناء المحل المراد تطبيقها فيه ويبنى ذلك على الحجج الآتية اولاً القانون المصري كالفرنساوي والتلياني لم يصرح بعمل استثناء كهذا وحيث ان الاستثناآت لا بد من صراحتها قانوناً بحيث ان لم تذكر لا يصح للشراح والمطبقين للاحكام تقريرها من تلقاء افكارهم فهذا يثبت ان الشاذة التي من مقتضاها تقييد تطبيق القوانين الاجنبية بعدم ضرر الوطني غير مقبولة ولا اصل لها ثانياً من الممكن كذلك ان يكون القانون الاهلي الساري على الاحوال الشخصية مضرًّا بالاجانب فكان يجب اهماله وعدم تطبيقه قياساً على ما جاء بالدليل الثاني من المذهب الاول . ثالثاً اذا قبل التقييد المذكور قلت المعاملات وكسدت التجارات وبطلت الصناعات الامر الذي من ورائه الدمار والخراب . رابعاً الوطني الذي يريد معاملة اجنبي يجب عليه تحقق اهليته وحالته حسب قانونه اي قانون الاجنبي والا ما اصابه من الضرر فهو جزاء اهماله وخطئه

هذا وقد ذكر بعضهم تقييداً اخر وهو تقييد تطبيق القوانين الاجنبية بمراعاة النظام العام للجهة التي يراد تطبيقه فيها بحيث لو كان مخالفاً لم تطبق

كمن حل في امة تحرّم قوانينها الاسترقاق فانه يلزم ان يقيد بهذا التحريم لان ذلك من مسائل النظام العام٠وقد اختلف الشراع في تعريف النظام العام فقال احد المتشرعين ان القوانين المتعلقة بالنظام العام هي التى تحتوي الا جبار والاكراه ولكون القوانين جميعها حائزة لهذا الشرط لزم ان تكون كلها متعلقة بالنظام العام مع ان اغلبها ليس كذلك وذكر بعضهم تعريفاً اخر قال ان قوانين النظام العام هي المقررة لحقوق الامة والمجتمع الانساني ولابهام هذا التعريف فقد ضرب صفحاً عنه واخيرًا قال بعضهم ان قوانين النظام العام هي الناصة على عقوبة وهذا التعريف اوضح التعاريف المتقدمة واوفقها للمعرف لانه اولاً من السهل معرفة القوانين الناصة على عقوبة والمقررة لها ثانياً لان القوانين المذكورة تتعلق بالامن العام والضبط وقد ذكرنا قبلاً ان المذهب التلياني قرر وجوب اتباع قانون الجهة في مسائل الامن العام

(تنبيه) في غير الاحوال التي ذكرناها متى كان تطبيق القانون الشخصي الغرض منهُ استعمال الغش والتدليس وظهر ذلك ظهورًا ليس بعده خفاء فالواجب اهمال القانون الشخصي واتباع قانون الجهة

(٣٤) اما القوانين الاجنبية في هذا الخصوص تنقسم الى ثلاث فرق : الفرقه الاولى تعتبر الجنسية في تقرير ماهية القانون الشخصي ومن بين هذه القوانين قانون فرنسا وايطاليا (راجع المادة واحد) وبلجيكا وسويسرا (راجع قانون ٢٢ يونيه سنة ١٨٨١) واخيرًا القانون المصري كما بينا ذلك قبلاً ٠ الفرقة الثانية تعتبر جهة الاقامة في تعيين ماهية القانون

الشخصي ومن هذه الفرقة القانون الالماني (راجع المواد ٢٣ و ٢٤ من القانون البروسياني) غير ان القانون المذكور قد يقصد في بعض الاحيان بالقانون الشخصي قانون الجنسية والامة فانها قررت في مسائل الحوالات التجارية (الكمبيالات) بان تقدير اهلية المتعاملين بها يكون على حسب القانون الجنسي الذي قررته الامة · الفرقة الثالثة وهي التي من بينها الانكليز والاميركانيون لا تطبق القانون الشخصي مطلقاً ولكنها تطبق على العموم قانونها الوحيد اي الاميركي والانكليزي ولا تطبق القانون الشخصي الاجنبي لا مراعاة لحفظ العلاقات الودية والصلات بينها وبين الممالك الاخرى

﴿ تتمة ﴾

الى هنا انتهى الكلام على ما يتعلق بالاحوال الشخصية وبقي علينا ان نذيل هذا الموضوع بالكلام على الذوات المعنوية او الشركات الاجنبية وكذلك بالكلام على الارث ولنبداء اولاً بالتكلم على الشركات او الذوات المعنوية فنقول

﴿ الشركات ﴾ لنعلم اولاً ماهية الذوات المعنوية المدنية ثم نشفع ذلك بذكر تقرير جنسيتها اما هذه الذوات فهي مجموع ذوات طبيعية له صفة ووجود قانونيان مختلفان عما للذوات الطبيعية المتركب منها ومعنى ان الذوات المعنوية لها صفة ووجود قانونيان اتصافها بصفة المدعي والمدعى عليه وامكانها اثبات حقوقها المختلفة عن حقوق الافراد المتكونة منهم

بواسطة ما خولته لها القوانين الوضعية من اوجه الدلائل و بالاختصار كمال تشابهها بالافراد الطبيعية في ذلك تماماً · واما كون صفتها ووجودها متميزين عن صفة و وجود الذوات الطبيعية المتألفة منهم فهذا شرط جوهري اصلي و بدونه لا يكون معنى لا تصافها بالذات الواحدة وسنرى اهمية هذا الشرط لدى التكلم على تقرير جنسيتها ان كان افرادها مختلفي الجنسية و بهذا المعنى يتحقق ان ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات ليس ما على افرادها وما عليهم خصوصاً في الشركات التجارية ولهذا السبب فقد اتفق المشرعون من حديثين وقدماء على تسمية الشركات باسماء مخصوصة دلالة على تفردها بالصفة وتوحدها بالوجود واتصافها بالشخصية · هذا هو تعريف الذوات المعنوية او الشركات واما كيفية تقرير جنسيتها فلاجل التوصل اليه يجب التفريق بين الشركات والمجتمعات السياسية او الادارية و بين الشركات التجارية اما الاولى فكالممالك الاجنبية وتوابعها واجزاؤها (سياسية) وكالمستشفيات والمجتمعات العلمية (ادارية) وكالطوايف الدينية الاجنبية وفي كيفية تقرير جنسية هذه الانواع نقول اما من حيث الممالك الاجنبية فالامر واضح غير انهُ لما يعلم من ان الممالك المذكورة يصح اعتبارها اشخاصاً لهم وعليهم حقوق فقد يمكن ان تصير دائنة او مدينة وفي هذه الحالة اذا حصل نزاع بينها و بين افراد غيرها من الدول والممالك هل يمكن اخضاعها لقوانين اجنبية واذعانها لما يتوقع عليها من الاحكام الصادرة من محاكم غير محاكمها والجواب ان المذهب السائر عليه اغلب الشارعين يقضي بعدم اذعان واخضاع الممالك لقوانين اجنبية مستندين على مبداء الاستقلال والسلطة

الحكومية قائلين ان سلطة المحاكم ليست الا احدى السلطات الثلاث المكونة لسلطة الحكومة العمومية وهي سلطة التشريع وسلطة القضاء وسلطة التنفيذ ومتى خضعت المحاكم لاحدى السلطات المذكورة انتفى بالطبع اتصافها بالاستقلال وخرجت عن كونها مملكة قائمة بذاتها واما الذوات المعنوية الاخرى فقد قرر لوران الشارع البلجيكي عدم اعتبارها شرعاً الاَّ في الجهات التي نشأَت بها بحيث لايمكن ان تتعدى صفة وجودها شرعاً خارج حدود الجهات المذكورة واقام على ذلك الدليل الآتي وهو ان هذه الذوات في العادة لم تؤسس الاَّ لمنفعة قاصرة على الجهة المؤسسة بها ومتى خرجت عنها فلا فائدة فيها ومتى كان الامر كذلك فلا يتصور لها وجود شرعي في الخارج غير ان اغلب الشارعين قد رفضوا هذا المذهب وقرروا بامكان وجود مجتمعات من هذا النوع خارج الجهات التي أُسست فيها واسندوا ذلك الى القول بان المجتمعات المذكورة ليست الاَّ نتيجة حرية الاجتماع ولما كانت الحرية المذكورة من ضروريات الوجود الانساني ومن الحقوق التي للافراد على الحكومات فقد ثبت امكان وجود هذه المجتمعات في اي محل وفي اي جهة كانت وانها ليست قاصرة على الجهة المؤسسة فيها والموجودة بها الاَّ انه لما كان وجود هذه المجتمعات في الخارج مما يخشى على الحكومات منهُ خصوصاً اذا اتسعت ثروتها وجمعت مالاً طائلاً فقد قرر العلماء تقييد وجودها بالقيدين الآتيين : اوّلاً ان المجتمعات الاجنبية لايمكن معاملتها بأحسن مما تعامل به الشركات والمجتمعات الوطنية اذفي ذلك ضمان كبير لهذه الاخيرة وللحكومة في آن واحد وكل ماقررته الحكومة من العراقيل في طريق

توسيع جمعياتها الوطنية في المملكة يجب ان يسري على المجتمعات الاجنبية ايضاً. ثانياً كل ماخالف النظام العام مما يتعلق بالشركات الاجنبية التي من هذا القبيل يجب ان يكون لاغياً غير معمول به فوجود الشركات المذكورة وسريان عملها مقيد بمراعاة النظام العام للجهة التي وجدت بها

﴿ الشركات التجارية ﴾ وهذه الشركات لايمكن انكار وجودها قانوناً في جهات غير التي اسست فيها دعا الى ذلك حب انماء التجارة والمواصلات والامر الوحيد المهم في هذه المسألة هو تقرير جنسية الشركات المذكورة ولهذا فنقسمها الى قسمين شركات الاموال وشركات الاشخاص اما شركات الاموال فكشركات المساهمة الحقة وشركات التوصية التي بها مساهمة ايضاً ومثل هذه الشركات تقرر جنسيتها اما بمراعاة محل تأسيسها او بالمكان الذي فيه مركزها الاصلي لابمراعاة المساهمين وذلك لسببين اولاً لاتصاف الشركات بذاتية ووجود شخصين مخالفين للذوات المتركبة منهم ثانياً لاختلاف جنسية المساهمين الذين فيها وعدم امكان التفضيل بين الجنسيات اما محل التأسيس فقد انكره قوم بجعله عاملاً لتقرير جنسية الشركات المذكورة وأيدوا ذلك بان الشركاء يمكنهم التوصل بهذا الى مخالفة القوانين التي بها مركزها الاصلي والتي بها ايضاً ادارة اعمالها هذا من جهة ومن جهة اخرى قد يمكن ان يكون تأسيس الشركات في جهة من الجهات عارضاً بحيث تكون اعمالها وادارتها في جهة اخرى غير ان بعض الناس مال الى عكس هذا النظر وقال ان الاشخاص المعنوية كالاشخاص الطبيعية وحيث علم ان هناك عاملين وحيدين في تقرير جنسية الشخص الطبيعي وهما عامل الدم

وعامل جهة الولادة وانه متى انتفى احدهما تقرر الآخر وحيث انه في الاشخاص المعنوية عامل الدم مفقود بالمرة فثبت من كل ما ذكر اعتبار جهة تأسيسها المماثلة والمقارنة لمحل الولادة فيما يتعلق بالاشخاص الطبيعية ولكن هذا المذهب الاخير لم يعتد به لامكان حصول التأسيس المذكور على وجه عارض وجعله وسيلة للتخلص من موجبات قانون الجهة التي بها تدار اعمالها كما ذكرنا

واما الجهة التي بها المحل الاصلي للشركات المذكورة فهذا لايمكن ان يقال فيه ما قيل في محل التأسيس من حيث التخلص من الرضوخ لاحكام قوانين جهة ادارة الاعمال وعلى ذلك فهو المعول عليه في تقرير جنسية الشركات لدى اغلب الامم ومنها الامة المصرية (راجع المادة ٤١ من القانون التجاري الاهلي والمادة ٤٧ من القانون التجاري المختلط)

هذا مايتعلق بشركات الاموال واما ما يتعلق بشركات الاشخاص وعلى الخصوص شركات التضامن فالمعول عليه ايضاً في تعيين جنسيتها هو قانون محلها الاصلي ومركزها الاجتماعي الاَّ انه قد يعرض للفكر سهولة اتباع جنسية المكونين لها خصوصاً وأن هؤلاء هم المسؤلون تضامناً وتكافلاً عن جميع تعهدات الشركة التي من هذا القبيل وكان الاوفق والاقرب للعقل والبداهة امكان تتبع جنسية الشركات المذكورة لجنسية اعضائها ولكن يجاب على ذلك بما اجيب به فيما يتعلق بشركات الاموال اي من وجه بان شخصية وذاتية الشركات مختلفة عن شخصية اعضائها ومن وجه آخر فان اختلاف جنسية الاعضاء المذكورين بدون داع وباعث لتفضيل احداها على

الاخرى من الموانع الباعثة على التتبع المذكور فشركات الاشخاص كشركات الاموال تعين جنسيتها بمحلها الاصلي ومركزها العمومي

﴿ ملحوظة ﴾ مجرد وجود الشركات التجارية بمصر لايوجب تتبعها لقوانين المحاكم الاهلية من غير استثناء اللهم اذا كان جميع اعضائها من الاهالي والوطنيين فيتحتم ذلك واما اذا كان بين الاعضاء واحد من الاجانب تقرر اذعانها لاحكام قوانين المحاكم المختلطة لوجود الفايدة الاجنبية

﴿ نظرية المواريث في القانون الدولي ﴾

من البديهي انه لو قضى الانسان في بلاده وترك مخلفاته بها فلا شك من سريان قانون الشخص الذي هو قانون امته على مايتعلق بتركته المذكورة من حيث التقسيم والمنازعات الخاصة بها واما اذا كان الامر بخلاف ذلك كأن مات الشخص وترك مخلفاته في جهة اخرى خلاف وطنه ففي هذا الامر يقول بعض المشرعين بوجوب تطبيق قانون البلاد التي بها التركة ويزعم البعض الاخر بلزوم اتباعها لقانون الشخص المتوفى اماالاولون فيقيمون على مدعاهم الدليلين الآتيين اولاً القوانين المتعلقة بالتركات قوانين لها علاقة عظيمة ورابطة كبيرة بالسياسة والنظام العام لتعلقها بالثروة العمومية فان بعض الممالك يقضي بانحصار ثروة المتوفى بين يدي شخص واحد والبعض الآخر يقضي بتفرقها كما هو مقرر عندنا في قانوننا الشرعي الأغر واذا كان الامر بهذه المثابة فلا شك من تطبيق قانون الجهة التي بها التركة لجواز مخالفة القوانين الاجنبية للنظام العام. ثانياً القوانين المذكورة تختص

بالاشياء اكثر من اختصاصها بالاشخاص ضرورة ان كل مايحصل من المنازعات بشأنها يكون خاصاً بالمتروكات منقولات اوعقارات وحيث كانت القوانين المتعلقة بالاشياء وخصوصاً بالعقارات منها لها مساس كبير بالاستقلال والنظام العموميين فيثبت جلياً للناظر بعين الفكر ضرورة اتباع قوانين الامة التي بها المتروكات. واما الآخرون فيثبتون دعواهم بالدلايل الآتية اولاً القوانين المتعلقة بالارث وقوانين قد روعي فيها اخلاق وعوايد وديانة الامة المسنونة لها وبعبارة اخرى قوانين لابد من ملازمتها للشخص اينما حل فيثبت من ذلك انها قوانين شخصية وانهُ يجب تطبيقها في البلاد والممالك الاخرى ثانياً من الجايز تشتت التركة وعدم انحصارها في محل واحد وفي هذه الحالة لو اتبعنا قانون كل امة على حدتها فكأننا طبقنا على التركة الواحدة جملة قوانين مع انهُ ثابت ان التركة واحدة والمخلف كذلك لوحدة المتوفى ولا يغرب عن الفكر السليم ان تعدد القوانين اللازم اتباعها بشأن شيء واحد من موجبات الفشل والخلل ثالثاً كل ما يتعلق بتركة المتوفي تابع دلالة ان لم يكن صراحة لارادة المتوفي. ومتى ثبت ذلك فاما ان يكون صرح بقانون مخصوص يسري على تركته واما العكس فان صرح فالامر سهل و يسري القانون الذي اختاره والا فبالطبع يؤخذ من عدم تصريحه هذا انهُ يريد بذلك سريان قانونه الشخصي

اما رأينا فنفضل المذهب الثاني عن الاول بالنسبة لصراحة دلائله وقوتها والحكم بان القوانين الوحيدة الواجب سريانها على مايتعلق بالتركات والارث هي القوانين الشخصية للمتوفين وليست القوانين التي بجهاتها المتروكات

وان التركه الواحدة لابد من سريان قانون واحد عليها ولو تعددت جهات وجودها . اما القانون المصري فقدقرر سواء في مادة ٧٧ من القانون المختلط او في المادة ٥٤ من القانون الاهلي المدني ان كل مايتعلق بالميراث يكون من اختصاص قانون الشخص المتوفي الاحق الانتفاع بالاعيان الموقوفة فانه تابع لقانون الجهة واذن فهو من الحزب الثاني الذي يعتبر الاحوال الشخصية والميراث شيئاً واحداً او شيئين بينهما تماثل وتشابه قويان لتعلقهما بامر واحد هو الذاتية والشخصية فينتج من ذلك ان جميع المنازعات المتعلقة بالميراث تكون من اختصاص المحاكم الشرعية او المحاكم القنصلية حسب جنسية المتوفى وشخصيته و يعلم مما صدر من احكام محكمة الاستئناف المختلطة ان المنازعات المذكورة تحصر في ثلاثة انواع اولاً المطالبة بالتركات ثانياً التقسيم ثالثاً طلب الغاء التقسيم

هذا والقانون المختلط في المادة الرابعة من لائحة اجرآاته قرر فيما يختص بمال الزوجين تبعه لقوانين المحاكم الشرعية او القنصلية

الفصل التاسع

﴿ في الاموال ﴾

٣٧ — مقدمة عمومية — ٣٨ — تقسيم الاموال في القانون الدولي — ٣٩ — العقارات — ٤٠ — المنقولات

(٣٧) الاموال يمكن اعتبارها من وجهين (١) باعتبار الانفراد اي من جهة كونها عقاراً او منقولاً (٢) باعتبار التحاقها بملك عمومي

كالتركات مثلاً وبهذا الاعتبار الاخير تكون الاموال المذكورة تابعة لقانون الاحوال الشخصية كما تبين ذلك في الباب السابق وبالاعتبار الاول اختلف الشارعون في تعيين القانون الواجب اتباعه فقال بعضهم انه قانون الجهة التي بها العين عقاراً كانت او منقولاً وايدوا ذلك من حيث كونها عقاراً بالاستناد على مبداء استقلال الامم ومن حيث كونها منقولاً بالارتكان على الفائدة التجارية العمومية اي على النظام العام وذلك لان تتبع منقول من المنقولات لقانون دون اخر من البواعث الداعية لترويج التجارة او لكسادها وفي ذلك من التأثير على النظام العام ما لا يخفى وقد ايد البعض عكس هذا المذهب بالنسبة للمنقولات فقط واثبتوا ان المنقولات يجب تتبعها لقانون الشخص المالك لها من وجهين اولاً قالوا ان المنقولات من توابع الشخص وحكم الاصل يسري على التابع والفرع الامر الذي تقرره البداهة وثبت في جميع الشرائع القديمة والحديثة. ثانياً قالوا ان العقارات لها محل ثابت ويمكن تعيين القانون الذي يمكن اذعانها لنصوصه بخلاف المنقولات السريعة الانتقال ولهذا فيجب اختيار محل لها وبالعقل لا يكون هذا المحل الاّ محل اقامة الشخص هذا وقبل انتشار القانون الفرنساوي (قانون نابوليون) كانت الامم الاوروباوية على اختلاف عظيم من حيث تعيين القانون المذكور وللماسّ قانون نابوليون نص في احدى مواده (المادة ٤٨ الفقرة الثانية) بما ترجمته «جميع العقارات ولو كانت لاجانب تكون تابعة للقانون الفرنساوي» ولم ينص القانون المذكور على ما يتعلق بالمنقولات غير ان اغلب الامم في الوقت الحاضر اقر بتتبع المنقولات

لقوانين الجهة التي بها ومن بين الامم المذكورة الامة المصرية بخلاف القانون الطلياني الصادر سنة١٨٦٦ فانه صرح بتتبع العقارات لقوانين الجهة الكائنة بها واما المنقولات فتتبع لقوانين ملاكها وذلك ما يؤخذ صريحاً من عبارته التي ترجمتها «منقولات الايطاليين في الخارج تابعة للقانون الطلياني وكذلك منقولات الاجانب في ايطاليا تابعة للقوانين الاجنبية» ومع ذلك فان القانون التلياني لم يجعل نصه هذا مطلقاً بل اضاف عليه ما يأتي : ومع ذلك فان القانون الطلياني لا يسري على منقولات الاجانب متى لم تصرح بذلك القوانين الاجنبية

(٣٨) ولما كانت الاموال مطلقاً سواء كانت عقارات او منقولات تابعة لقانون الجهة التي بها فالتقسيم الذي اعتبرته الامم في ذلك لابد للاجانب من اتباعه فالاول تقسيم الاموال الى الدومين العمومي (اي الاملاك التي لا تملك لاحد بل تجعل للمنفعة العمومية) واموال المنفعة الخصوصية لابدوان تقرّ به الاجانب وتتبعه ويمكن ان يبرهن على ذلك بان التقسيم المذكور له مساس بالنظام العام ومتى كان الامر كذلك فلا شك من وجوب اتباع الاجانب له وفي هذا المعنى يمكن ان يقال ان الاحكام المتعلقة بالوقف لابد ايضاً وان تسري على الاجانب كما انها تسري على الاهالي واما تقسيم الاموال الى عقار ومنقول فيلزم على الاجانب اتباعه والعمل بموجبه وذلك للسببين الآتيين اوّلاً لكونه لايعقل مطلقاً ان العين الواحدة تتغير صفتها القانونية بتغير ملاكها بل يلزم ان تكون ثابتة على حال واحدة ولو اختلف المالكون لها . ثانياً يحصل في بعض الاحيان ان يتعامل اشخاص ذووجنسيات مختلفات لهم قوانين

متنوعة ويعملون في ما بينهم عقداً يتعلق بعين من الاعيان ففي هذه الحالة لما لم يمكن تفضيل قانون من هذه القوانين المختلفة على الآخر وجب اتباع القانون الذي يسري على الجهة التي بها العين وكأن بذلك الصفة المنقولية او العقارية للعين المذكورة ثابتة لها بحكم قانون الجهة لا القوانين الشخصية

(٣٩) ولما كانت العقارات تابعة لاحكام قانون الجهة الواقعة بها فيتحتم على الاجانب المالكين لها الرضوخ لاحكام وقواعد القوانين المذكورة الامر الذي قرره القانون العثماني الصادر في سنة ١٨٦٧ (وفي وقت انشاء المحاكم المختلطة اجتهد نوبار باشا في حفظ حق نظر الدعاوي العينية والعقارية للمحاكم الاهلية ولكنه لم يصل الى مبتغاه فقد صارت من اختصاصات المحاكم المختلطة) ووجوب تتبع الاجانب ملاك العقارات لقوانين جهاتها يؤخذ منه اذعانهم اولاً للقوانين المتعلقة بالحقوق العينية التي على العقار بانواعها ثانياً للاحكام المتعلقة بنزع الملكية للمنافع العمومية ثالثاً للشروط اللازمه للتملك او لاثبات الحقوق العينية كالتسجيل مثلاً في تملك العقار ورهنه هذا وقد ضرب لنا القانون المصري مثلاً على ماذكرنا من وجوب اتباع الاجانب احكامه المتعلقة بالعقار في مسألة الشفعة حيث قرر بوجوب اتباع الاجانب احكامها كالاهالي وذلك ان حق الشفعة نادر الوجود في الشرائع الاوروباوية ولا يوجد الا بين شركاء في الملك وبما ان القانون المصري الآخذ عن الشريعة الغراء نص على وجود الشفعة في غير الشركة كالمجاورة والملاصقة مثلاً فقد قرر ان من الواجب ان تسري الاحكام المذكورة على الاجانب فيما يتعلق بعقاراتهم وبالفعل قد نص القانون

المختلط على موجبات الشفعة وشروطها كما في القانون الاهلي

(٤٠) هذا وما قيل في العقارات من وجوب تتبع الاجانب للاحكام المتعلقة بها يقال في المنقولات كذلك وحكمة ايجاب هذا التتبع فيها غير حكمة ايجابه في العقارات ففي هذه يستند على مبداء الاستقلال وهنا لا يركن اليه بل الى مبداء آخر مؤسس على النظام والاقتصاد العامين ولبيان ذلك نذكر المثلين الآتيين (١) نصُّ الشارع على عدم امكان رهن المنقولات رهناً عقارياً مما يؤخذ منه تعلق هذا العدم بنظام الحكومة العام ففيه انماء التجارة وسرعة تداول المنقولات (٢) وكذلك تملكها في وقت وضع اليد عليها من غير تقادم الغرض منه هو الغرض من القاعدة الأولى اذ في ذلك ايضاً انماء التجارة وسرعة تداول المنقولات ولا يقبل ان اجنبياً تنص قوانينه على خلاف ماذكر يتداخل في مسائل التجارة التي هي من مسائل النظام العام ومن المسائل الاقتصادية التي للحكومات النظر فيها دون غيرها . اذا تقرر هذا فلنعرف الآن كيف تعين الجهة التي بها المنقول ولذلك نقول . ان المنقولات اما ان تكون مادية والامر ظاهر فيها لا يحتاج الى تعبير واما معنوية كالديون مثلاً وهذه كثرت الاقوال بخصوصها فيما يتعلق بتعيين جهاتها فقال بعضهم انها موجوده بجهة المدين واثبتوا ذلك بدليلين (١) ان المنقولات كجميع الاعيان لاتوجد الا في الجهات التي تتم فيها وتمامها هذا لا يكون الاّ بتحقق وجود الفائدة فيها ولا تتم الفائدة في الديون الا بالدفع وهذا يحصل عادة في محل المدين مالم يوجد اتفاق خصوصي (٢) اذا لم يدفع المدين دينه فليس بمكره له على دفعه سوى قوة حكومته واحكام محاكمه

ومجالسه وعلى الدائن ان يرفع دعواه في بلاد المدين التي هي جهة المدعى عليه هذا في المنقولات المعنوية المحضة اي في الديون التي ليس لها سندات اذ متى وجدت هذه فبالطبع تتصف الديون المذكورة بالصفة المادية ويكون محل وجودها الجهة التي بها سنداتها . بقي علينا الآن ان نعرف اي قانون يجب اتباعه من قوانين الجهة التي بها المنقولات اذلا يخفى ان المنقولات سريعة الانتقال من جهة الى اخرى وبالطبع ينشأ عن ذلك وجود قوانين قديمة وحديثة بحسب الامكنة يحدث بينها تنازع في الاختصاص ولذلك نقول بان القاعدة المتبعة في ذلك تطبيق القانون الحديث مع حفظ الحقوق المكتسبة على المنقول وقت وجوده في المكان القديم ولنضرب على ذلك امثالاً ثلاثة (١) باع احد الناس ما لا يملك من المنقولات في جهة نصت شريعتها على تملك المنقول المذكور بمجرد وضع اليد عليه ثم انتقل المشتري الى بلد آخر نصت قوانينه على عكس ذلك اي على امكان استرداد المنقول لعدم مرور الزمن اللازم عليه لتملكه بالتقادم ففي هذه الحالة كيف يكون هذا الاسترداد وهل هو حق وصادر عن عدالة ام لا والجواب لا لان المشتري له حق ملكية مكتسب على المنقول المذكور وبدون ذلك تقل المعاملات وتفقد كل امن ولا يجرأ احد على التجارة فيها ومن وجه آخر فالحكم بعدم الاسترداد موافق للقاعدة التي تقضي باتباع المنقولات لقانون الجهة التي بها حالاً وذلك ان قانون الجهة الحادثة لا شك وان يسري على المنقولات التي بها وقت وجودها بدائرة اختصاصه واما قبل ذلك فيعتبر المنقول كانه في الجهة القديمة ويطبق قانونها عليه (٢) اذا عكسنا الامر وجعلنا جهة الشراء هي التي يقبل فيها

التقادم ثم انتقلت المنقولات لجهة لا تقبل قوانينها ذلك كأنهُ بيع منقول في اسبانيا ثم انتقل به الى مصر وفي هذه الحالة من الضروري اتباع القانون المصري اي الجهة التي بها المنقول اخيرًا لانه لا يقال ان هناك حقًا مكتسبًا على المنقول حتى يجب تطبيق قانون الجهة الاولى (٣) من الجائز ان يكون قانون الجهتين الاصلية والحالية مقررين للتقادم في تملك المنقولات غير ان المدة التي قرراها ليست واحدة بل احداها مغايرة للاخرى زيادة اونقصًا وفي هذه الحالة يجب اتباع المدة الاخيرة ولو كانت اكبر من المدة الاولى وذلك لامرين (١) ان واضع اليد على المنقول اي حائزهُ لم يصر الى الآن مالكًا فليس له حق مكتسب عليه (٢) ومن وجه آخر فلو قرر قانون الجهة الثانية مدة اقل من المدة الاولى فواضع اليد على المنقولات يرى في ذلك فائدة له ان يتملكها في وقت قصير

الفصل العاشر

﴿ في العقود ﴾

مقدمة — ٤١ — اهلية العاقدين — ٤٢ — صورة العقد او « قاعدة تتبع صورة العقد للجهة المحرر بها » — ٤٣ — شروط صحة العقد واحكامه — ٤٤ — اسباب ابقاء العقود والتعهدات

(٤١) مما سبق لنا تقريره في مقدمة الكتاب التاريخية يعلم ان المذهب الطلياني قرر فيما يتعلق باهلية المتعاقدين اتباع القانون الاهلي لكل عاقد وفي صورة القانون المحلي للجهة المحرر بها وفي شروط صحته واحكامه ما اختاره

العاقدون من القوانين الوضعية صراحة بالنص عنه في عبارة العقد او دلالة وفي اسباب ايفائه قانون الجهة التى حصل بها الايفاء ولما كانت هذه الاحكام مجملة رأينا حبا في شرح مجملاتها ان نفرد لكل منها بابا مخصوصا مبتدين بالكلام على الاهلية فنقول :

(٤٢) الاهلية كما سبق لنا شرحها اتصاف الانسان بكمال القوى الباطنية التي اهمها قوتا التميز والادراك و بعبارة اخرى الصفة القائمة بالانسان المكسبة له حق التعامل وحريته وهي من اهم الشروط اللازمة لصحة العقد ولذلك قررت سائر الشرائع الوضعية لزوم اتباع القوانين الشخصية للعاقدين فيما يتعلق بها ورأت ان عدمها اما ان يكون صادرا عن قانون او عن حكم قضائي ففي هذه الحالة يمكن الاخذ به والاستناد عليه في البلاد الاجنبية وذلك لسببين (١) لانه ظاهر غير خفي اذ يمكن لكل طرف معرفة قوانين الطرف الآخر والاطلاع عليها (٢) لانهُ مؤسس على حالة الانسان الطبيعية الظاهرية كعدم التميز والقصور والعته والجنون اذ كل هذا يظهر للانسان بقليل من الاختبار . واما الصادر عن حكم قضائي فقد اختلف فيه وكانت نتيجة الاختلاف انه حصل التميز بين الحكم المدني والحكم الجنائي وتقرر فيما يختص بهذا الاخير انتفاء الاستناد به على عدم الاهلية في البلاد الاجنبية واثبتوا ذلك بان عدم الاهلية الصادر عن حكم جنائي فيه صفة العقاب وكل عقاب لا يجوز تنفيذه الا في الجهة التي صدر فيها وان اريد تنفيذه في جهة اخرى فلا بد من التصديق عليه من محاكم الجهة المذكورة واما ان كان عدم الاهلية صادرا عن حكم مدني فجائز الاستناد به

والاخذ بمقتضاه ُ وبحكمه وذلك لتعسر التصديق على الحكم المذكور اذ اللازم في مثل هذه الحالة تتبع الغير الاهلية في كل ناحية يحل بها وطلب التصديق على الحكم الصادر ضده في كل المحاكم

هذا ماقررته الشرائع المصرية والطليانية والبلجيكية والفرنساوية وقد خالفها في ذلك القانون السويسي (راجع مادة ٨٢٢) وكذلك القانون الالماني حيث قررا بان عدم الاهلية لايكون تابعاً الاّ للقانون الموافق لتمام العقد ولحصوله سواء كان القانون الشخصي او قانون الجهة وهذا المذهب فاسد لانه غير مؤسس على مبدءا عقلي اذ انه لايتبع فيه قانون مخصوص يرجع اليه في كل المسائل والاحسن اتباع المذهب المصري فانه يفرض اخفاء عدم الاهلية فيه اخفاء ربما يكون صادرًا عن غشّ وتدليس من قبل الاجنبي حباً منه في فسخ العقد الحاصل بينه وبين وطني فان عدم الاهلية المذكور لا يصح الاستناد عليه ولا الاخذ به ولا يجوز اتخاذه سبباً في سقوط العقد بل يستمر هذا على حاله صحيحاً بان لم يكن في العاقدين من هو غير اهلية

— ٢ — صورة العقد —

مبدأ تتبع صورة العقد لقانون الجهة المحرر بها" Régle " Locus regit actum

(٤٣) صورة العقد يمكن تصويرها باعتبارين (١) باعتبار الدليل على اثبات العقد المذكور (٢) باعتبار صحته . اما باعتبار الدليل فكوجوب تحريره عند مايراد اثبات حق فيه يزيد عن قيمة معينة وفي هذه الحالة عدم

مراعاة الصورة لايوجب فسخ العقد بل بقاءه عاطلاً عن الدليل ليس الا واما باعتبار الصحة فكضرورة تحريره على الوجه الرسمي وبهذا الاعتبار عدم مراعاة الصورة لايوجب عدم الدليل فقط بل فسخ العقد ايضاً

اذا تقرر ذلك فلنبحث عن القانون الواجب اتباعه لتقرير صور العقود بالاعتبارين السابقين ونقول ان جميع الشرائع حكمت بضرورة الاعاذن لاحكام قانون الجهة التي حصل بها العقد وهذا الحكم غير قديم بحيث لم يكن معهوداً لدى الرومان لان اول من قرره هم الشراع التليانيون وقد ضرب الخلاف اطنابه بين زمر المشرعين والباحثين في تقرير حكمته وكل ما قالوه في ذلك ينحصر في ثلاثة مذاهب قال احداها بان الحكمة في تقريره رضاء المتعاقدين وارادتهما ذلك دلالة لاصراحة فان وجود المتعاقدين في جهة من الجهات وتحريرهما العقد فيها يؤخذ منه رضاؤهما دلالة باتباع احكام هذه الجهات من حيث صورته وقد رد على هذا المذهب بانه اذا كانت القاعدة المذكورة مؤسسة على ارادة المتعاقدين دلالة لأمكن لهما تغييرها صراحة وتحرير العقد على صورة لم يقررها قانون الجهة التي حصل فيها هذا العقد مع اننا سنعلم فيما بعد ان هذه القاعدة ليست اختيارية بل اجبارية في اغلب الاحوال . وقال المذهب الثاني ان الحكمة في تقرير هذه القاعدة مؤسسة على مبدا الاستقلال القاضي بلزوم القوانين وعدم تعديها حدود البلاد السائرة لها ولكون القاعدة عمومية سارية في جميع انحاء الممالك بحيث ان مفعولها يسري في كل جهة ينقل فيها العقد فيلزم ان تكون هذه الحكمة غير صادقة

وينبغي على ذلك تركها وعدم التعويل عليها وقال المذهب الثالث ان الحكمة المذكورة موَّسسة على ضروره التعامل والمراد بذلك اه لما لم يمكن الانسان الاقتصار على معاملة ابناء جنسه القاطنين في بلده بل لما دعت احوال التجارة الى ضرورة التعامل مع الاجانب في الخارج رأت كل امة ان تسهل للناس كل ما فيه صحة تعاملهم ابتغاء انتشار التجارة ورواجها وقررت كلها بلزوم تتبع صورة العقد لاحكام قانون الجهة الحاصل بها بشرط اعتبار صحته في كل جهة من الجهات وزيادة على ذلك فان الغالب من المتعاملين والتجار الخارجين عن بلادهم لا يدرون القواعد المقررة في قوانينهم فرأى المتشرعون ان الاليق اذن اتباع قانون الجهة مع اعتبار صحته في الجهات الاخرى وهذا المذهب الاخير احسن المذاهب التي ذكرناها وعليه عول اكثر الشراع ٠ فاذا تقرر ذلك لنذكر الآن المراد بشكل العقد وصورته فنقول ان المراد بذلك اما القواعد المقررة فيما يختص بكونه رسمياً او عرفياً فيلزم ان يخرج عن مفهوم معنى الشكل هنا ثلاثة انواع من الاشكال (١) الشروط الجوهرية للعقد او شروط انعقاده واركانه (٢) الشروط التي لابد من استيفائها حتى يحق لغير الاهلية التعامل معاملة صحيحة كاجازة المجلس الحسبي للقاصر مثلاً فان هذه الشروط تتعلق بالاحوال الشخصية للانسان (٣) قواعد الاشهار والاعلان وفي الواقع فان المراد بالاشهار احاطة الناس خبراً بما حصل في العين التي هي موضوع العقد واحد اركانه والواجب في ذلك اتباع القانون الذي توجد العين بدائرة تطبيقه كمسائل التسجيل مثلاً في بيع العقار وفي الرهن العقاري

اما تطبيقات القاعدة فلا تخرج عن مسألتين اولاها: اذا كانت جهة تحرير العقد توجب تحريره رسمياً وفي هذه الحالة اما ان القانون الاهلي للتعاقدين يقضي بتحريره عرفياً او رسمياً وفي كلتا الحالتين لابد من اتباع قانون جهة تحريره والدليل على ذلك انه في حكم قانون الجهة بتحرير العقد تحريراً رسمياً صيانة لحقوق المتعاقدين اكثر مما قررته قوانينهما الاهلية لحفظها لكونها قضت بتحرير العقود التي من هذا القبيل على وجه عرفي اما لو قضت بتحريرها رسمياً ففي هذه الحالة لا محيص من الرجوع الى قانون الجهة ايضاً وذلك لدليلين اولاً لان المتعاقدين مجبوران على اتباع النظام القضائي للحكومة التي احتلا بلادها ولما كان لتحرير العقود الرسمية قواعد خاصة بالحكومة المذكورة فيثبت من ذلك ان المتعاقدين لابد لهما من تحرير عقدهما امام عامل (موظف) قضائي وهذا لعدم علمه من جهة بقوانين المتعاقدين ومن جهة اخرى لما لم يخول له قانونه حق تحرير العقود الرسمية على طريقة اخرى غير التي سنها له فبالطبع لابد ان يتبع قواعد قانونه الاصلي في التحرير المذكور ثانياً لو كان النظام القضائي لكل امة واحداً كان يمكن ان يقال ان العاقدين في قدرتهما تحرير عقدهما الرسمي على ما يقضي به قانونهما الذي هو قانون كل الجهات والحكومات ولكن لما يعلم من اختلاف النظام المذكور في متنوع الحكومات فقد خرج من طوع العاقد حينئذ تحرير عقده حسب شريعته الامر الذي يؤخذ منه جلياً ضرورة انحيازه لقانون الجهة (ثانيها) اذا كان قانون محل تحرير العقد يوجب تحريره عرفياً وفي هذه المسألة ايضاً اما ان القانون الاهلي للعاقدين يوجب تحريره رسمياً او

عرفياً فان اوجب تحريره عرفياً فمن اللازم كذلك اتباع قانون جهة تحريره

وقد اعترض على هذا الحكم بالقول بان العاقدين لم ينحازا الى قانون الجهة الاّ لاضطرارهما الى تحرير العقد رسمياً اي امام موظف قضائي مخصوص ولكن حيث انه في العقود العرفية يمكن للمتعاقدين تحرير عقودهما على حسب شريعتهما فلماذا لم يتبعاها ويعملا بموجبها والحال ان ذلك في طاقتهما ويجاب على هذا الاعتراض بانه من الجائز ان يكون العاقدان مختلفي الجنسية وفي هذه الحالة لا وجه لتفضيل قانون على اخر من قانوني المتعاقدين ويكون الاوفق حسماً للنزاع الرجوع الى قانون الجهة ومن وجه اخر قد يجوز ان يكون العاقدان غير عالمين بمقتضى قانونهما وفي هذه الحالة ايضاً لا مرجع لهما في معرفة القواعد المقررة لتحرير العقود العرفية الاّ الى قانون الجهة واذا اوجب تحريره رسمياً فهنا النزاع والخلاف فقرر قوم وجوب اتباع قانون الجهة مستندين في ذلك على الضرورة وعلى ما حكم به القانون المذكور من عدم جواز تحرير العقد الذي هو من هذا القبيل تحريراً رسمياً وقرر قوم بلزوم اتباع القانون الاهلي للعاقدين ومنهم لوران الشارع الشهير ببلجيكا وهؤلاء اثبتوا قولهم هذا بالدليل الآتي : ان القوانين اوجبت رسمية العقود لسبب من السببين الآتيين : اولاً لنشر الاتفاق الحاصل بين المتعاقدين وجعله معلوماً لدى العموم وهذا السبب لا يؤخذ به في تقرير دليلنا هذا (ثانياً) لصيانة حقوق العاقدين وحفظها خصوصاً اذا كان احدهما ضعيف المزاج ذا خلل في القوى العقلية او ضعف طبيعي وهنا يظهر الدليل اذ يمكن ان يقال انه بهذا الاعتبار لا محيد عن تطبيق القانون الاهلي وتحرير العقد رسمياً لانه

اذا كانت الامة يجب عليها صيانة حقوق رعاياها في الداخل فهذا الوجوب يقوى ويعظم لحفظ الحقوق المذكورة في الخارج ومع ذلك فانهم يقولون ان اتباع القانون الاهلي لا ينفي قاعدة اتباع قانون الجهة اذ اللازم اتباع القانون المذكور في الصورة التي فرضها لتحرير العقود الرسمية ولكن يجاب على ذلك بان هذا الرجوع الى قانون الجهة مما يقضي بنقويض اركان برهانهم اذ من الجائز ان تكون الصورة المتبعة في قانون الجهة لا تقضى بصيانة الحقوق بل باشهار التعامل والتعاقد فقط هذا من وجه ومن وجه آخر فان العامل المنوط به تحرير العقود الرسمية ليس في وسعه تحرير عقد قضى قانونهُ بجعله عرفياً على الوجه الرسمي واذا فاللازم اتباع الجهة على كل الاحوال والباعث على ذلك ضرورة التعامل وانماء التجارة في انحاء البسيطة لعدم تقييد الناس بملازمة ديارهم واوطانهم خصوصاً في هذه الايام الحاضرة التي انتشرت فيها طرق المواصلات البرية والبحرية

مستثناآت القاعدة — المستثناآت المذكورة على ثلاثة انواع اوّلاً اذا كان قانون العاقدين الاهلي يقضي بضرورة اتباعهِ في تحرير العقود وعدم اتباع القوانين الاخرى ثانياً اذا كان في تتبع العاقدين في تحرير عقدهما لاصول الشرائع الاجنبية هروب من تطبيق احكام قانونهما الاهلي ثالثاً اذا كان تحرير العقود من اختصاص القناصل والوكالات السياسية وهذا النوع الاخير من المستثناآت يدعو الى التساؤل عما اذا كانت القاعدة عمومية وواجبة او ارادية والجواب عن ذلك نقول انه في جميع الاحوال سواءٌ كان القانون الذي حصل بدايرة تطبيقه العقد يوجب تحرير العقد المذكور رسمياً او

عرفياً يجب التفصيل بينما اذا كان المتعاقدان من جنسية واحدة او من جنسيات مختلفة ففي الحالة الاولى لاتكون القاعدة اجبارية بل يجوز للمتعاقدين الرجوع الى قوانينهم وتحرير عقودهم بموجب مانصت عليه هذه فان كانت رسمية وجب تحريرها بمعرفة عامل من عمال القنصلية والا فبانفسهم واثبتوا ذلك باستنادهم على مشروعية القاعدة قائلين انه متى كانت هذه مؤسسة على ضرورة التعامل فبالطبع ان انتفى السبب انتفى وارتفع المسبب وحيث انه ليس في هذه الحالة ضرورة لتتبع القوانين الاجنبية لاتحاد جنسية المتعاقدين فلا داعي لتطبيق القاعدة ويمكن للعاقدين اتباع نصوص قوانينهم واما اذا اختلفت جنسية المتعاقدين فالقاعدة تصير اجبارية ويجب تتبع القوانين الاجنبية في تحرير العقود فاما ان تكون القوانين المذكورة قاضية بتحرير العقد على الوجه الرسمي وفي هذه الحالة لابد من اتباع القانون الاجنبي وتحرير العقود بمعرفة العمال القضائيين الذين عهدت اليهم الحكومات هذا العمل واما ان تكون قاضية بتحريرها على الوجه العرفي وفي هذا الامر حيث لاداعي لتفضيل شريعة احد المتعاقدين على شريعة الآخر فمن الواجب اذن اتباع نصوص قانون الجهة التي حصل بها العقد

❋ ملحوظات ❋ (١) لاتشابه بين قوانين الاحوال الشخصية والقوانين الاهلية التي يصح اتباعها عند اتحاد جنسية المتعاقدين في الامر الذي نحن بصدده وذلك لان قوانين الاحوال الشخصية مطلقة الاتباع وتابعة للشخص اينما حل بخلاف القوانين الاهلية المتبعة عند اتحاد جنسية المتعاملين في العقود فانها لاتطبق الا بتقيدها بضرورة اتحاد الجنسية

(٢) قضت القوانين الانكليزية والاميريكية بضرورة اتباع القاعدة التي نحن بصددها ولو اتحدت جنسية المتعاقدين لايجابها تطبيق القوانين المحلية في جميع الاحوال من غير استثناء وذلك بخلاف ماقررته القوانين الفرنساوية والطليانية فانها نصت بامكان تحرير العقود بين المتحدي الجنسية على حسب قواعدها وموجباتها

(٣) اتباع القانون المحلي في تحرير العقود واشكالها يجب العمل به في كل جهة فالقاعدة اذن عمومية وليس العمل بها مقيداً بالنسبة للمتعاقدين فقط بل بالنسبة للغير كذلك فلو رهن انسان عقاراً له بالتابع لزيد في مصر ولعمر في فرنسا وسجل هذا الاخير عقد الرهن فلا يمكن لزيد ان يقول له لاحق لك في اختصاصك بالعقار المذكور ولا وجه لك في اتصالك بالدائن الاول بحيث يكون لك اول نصيب في التوزيع لانك لم تصر دائناً الا بعدي وتسجيلك عقد الرهن لااعتمده ولا يؤخذ به ضدي لانه حصل ببلاد اجنبية

شروط صحة العقد واحكامه

(٤٤) المبدأ المقرر للقانون الواجب الاتباع في شروط صحة العقد وفي احكامه هو مبدأ وفاق المتعاقدين (Autonomie de volonté) وذلك اما ان يكون العاقدان عينا ارادتهما صراحة في العقد و بينا القانون الذي يريدان اتباعه وهنا لاشك في تطبيق مااختاراه واما ان لا يكونا عيناها صراحة وهنا يسود الخلاف في تقرير القانون الواجب الاتباع فقوم يذهبون

الى اتباع قانون جهة تحرير العقد ويستندون في ذلك على نصوص القانون الروماني والقانون المدني (المادة ١٣٨ من القانون الاهلي والمادة (١٩٩) من القانون المختلط) القاضية بانه في حالة الشك يجب تفسير العقود على حسب عرف الجهات المحررة بها اذ يؤخذ من ذلك جلياً وجوب تتبع الشروط والاحكام المذكورة لمقتضيات قوانين جهات التحرير · وقوم ومن بينهم Savigni سفيني زعيم شراع الالمانيين و Stori ستوري الامريكي) يقولون بلزوم اتباع قانون جهة تنفيذ العقود ويثبتون قولهم هذا بأنه يهم الجهة التي ينفذ بها العقد ان يكون هذا سارياً على مقتضى قانونها والاَّ ربما اضر بنظامها وزيادة على ذلك فجهة وجود العقد هي محل تنفيذه لان التنفيذ تمام الفائدة منه · ويظهر ان هناك مذهباً ثالثاً فحواه عدم اتباع قانون بذاته بل تفسير ارادة العاقدين والحكم بها مع ملاحظة الأمور الآتية (١) جنسية العاقدين والحكم باتباع القانون الشخصي لهما ان اتحدت الجنسية المذكورة واختلفت جهة الاقامة (٢) والاَّ فان كانت هذه واحدة سواء اتحدت جنسيتهما او اختلفت فالاوفق اتباع قانون المحل المذكور (٣) واما ان اختلفت جهة الاقامة مع اختلاف الجنسية فاللازم اتباع احد قانوني جهتي التحرير والتنفيذ وقد ساد الخلاف في تقرير القانون الواجب الاتباع منهما فذهب الانكليز والامريكيون والالمانيون الى اتباع قانون جهة التنفيذ لانها محل وجود العقد وفيها تمام الفائدة من تحريره · ورأى الطليانيون والفرنساويون لزوم اتباع قانون جهة التحرير لتمام العقد ولزومه من وقت صدور الايجاب والقبول وفضلاً عن ذلك فقد قالوا انه

متى تعددت جهات التنفيذ مع الحكم بوجوب اتباع قوانينها كما قرر ذلك اصحاب المذهب الاول فانه لا يرى مسوغ لاختيار احداها وترك الآخر مع انتفاء التفضيل وذلك كما يحصل في التعهدات التي يلتزم بها كل من المتعاقدين او كما اذا كانت العين المراد التنفيذ عليها بجهات متعددة واللازم اذن الرجوع الى القول باتباع قانون تحرير العقد الاّ اذا كانت جهة اقامة العاقدين واحدة او كان وجودها بجهة التحرير عرضياً فيرجع في هاتين الحالتين الى قانون جهة التنفيذ

(في العقود الحاصلة بالمراسلة بين غيب) تبين لنا مما ذكر القانون الواجب اتباعه في شروط صحة العقود وقلنا انه قانون جهة التحرير الاّ في احوال مستثناة الاّ انه قد يتعذر في العقود الحاصلة بالمراسلة بين غيب معرفة الجهة المذكورة لانحصارها في جهتي الايجاب والقبول فالبعض يقول انها جهة الايجاب و يثبت ذلك بانه مجرد القبول الخالص عن التحوير والتبديل دلالة على ان القابل مذعن لما قرره الموجب ولاحكام القانون الذي سار على موجباته في الايجاب المذكور ولا يعقل ان يكون القانون المذكور خلاف قانونه الاصلي . والبعض الآخر يزعم انها جهة القبول قائلاً ان العقد لا يتم الاّ بالقبول ومن قبله لا يصح ان يقال له عقد بل مجرد وعد بسيط وفضلاً عن ذلك يقول مؤيدو هذا المذهب ان تعهدات الفضيلي لا تنفذ الا بعد الاجازة القائمة مقام القبول (راجع مادة (١٣٧) من القانون المدني الاهلي والمادة (١٩٨) من القانون المدني المختلط) وكذلك الوكالة فلا تنعقد صحيحة لازمة الاّ بقبول الوكيل صراحة او

دلالة بالبدء في العمل الموكل بتنفيذه (راجع المادة ٥١٢ من القانون المدني الاهلي والمادة (٦٢٦) من القانون المدني المختلط) اذا تقرر ذلك فكل ماذكر دليل قاطع على ان العقد لايتم الاّ بالقبول وان القانون الواجب اتباعه هو قانون جهته وهذا رأينا

(العقود الحاصلة بالواسطة) تحصل هذه العقود كذلك فيما بين الغيب اما بواسطة وكيل شرعي او فضيلي ولما كان الوكيل معتبراً في العقد كانه الموكل نفسه فكأن هذا الاخير انتقل الى جهة الطرف الآخر وكأن العقد حصل بين حاضرين ويتبع في ذلك ماسبق لنا ذكره في هذا الخصوص واما الفضيلي فحيث ان تعهداته لاتنفذ الا بالاجازة وان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيتبع في العقود الحاصلة بواسطته ماتبع في الحاصلة بواسطة وكيل

(تنبيه) يراد بشروط صحة العقد كل مايتعلق باهلية المتعاقدين وبارادتها وبمحل العقد وسببه اما مايتعلق بالاهلية فهو تابع للقوانين الشخصية للعاقدين واما ما يختص بالشروط الباقية بعدها فهو تابع لاحكام القانون الذي عيناه في هذا الباب غير ان بعض الشراع اخرج من ذلك مايتعلق بارادة المتعاقدين والحقهُ بالاهلية ونعم مافعل فان الارادة المذكورة من توابع الاهلية وما صار على الاصل سرى على الفرع والتابع

(في احكام العقود) حكم العقد هو نتيجتهُ والغرض المقصود منه والحكم المذكور اما مباشر كدفع ثمن المبيع في عقد البيع واللازم تبعهُ لقانون العقد نفسه ضرورة ان ما يحصل على الشيء يحصل على نتيجته والاّ ساد الخلل.

واما غير مباشر كفسخ البيع او رده عند عدم دفع الثمن او اذا كان بالمبيع عيب قديم وقد اختلف في تعيين القانون اللازم اتباعه فذهب بعضهم الى اتباع قانون العقد بدليل ارتباط النتيجة بالاصل وقرر البعض الآخر اتباع قانون جهة التنفيذ حيث قد يجوز ان يكون في الحكم وفي تنفيذه ضرر بالنظام العام لجهة التنفيذ واحسن المذهبين الاول لبداهة دليله بخلاف دليل الثاني الذي يعتبر من المستثنآت لندورة حصول مخالفة الاحكام للنظام العام لجهات التنفيذ ولا يشتبه القارئ بين الاحكام وبين العقود المرتبطة والملحقة بغيرها ففي هذه العقود الاخيرة يجب اتباع قوانين غير المتبعة في الاولى اذا كانت جهات تحريرها مختلفة

ملحوظة . العقود الحاصلة بين اجانب مختلفي الجنسية في مصر تتبع لاحكام القانون المختلط ان كانوا حضوراً او غيباً وكانت جهة تحرير العقد في مصر والاّ فالقوانين الاجنبية هي الواجبة لاتباع

(مستثنئات القاعدة) الاستثنآت المذكورة اثنان فقط (١) اذا كان القانون المختار للاتباع منافياً لنظام جهة التنفيذ العام كما يحصل ذلك في مسائل الفوائد او في لعب القمار (٢) اذا اختار العاقدان قانوناً غير قانونهما هروباً من اتباعه كأن كان ما عقدا عليه منافياً لمقتضياته .

(التعهدات الناتجة من جرائم واشباه جرائم واشباه عقود والتعهدات القانونية كالنفقات) يتبع في هذه التعهدات قانون الجهة التي حصلت بها الاعمال المرتبة عليها التعهدات المذكورة الا ان بعض الشراع قال بلزوم ضم اشباه العقود الى العقود وبتبع التعهدات الناتجة عن الجرائم لقانون

المحكمة المختصة بنظر الجرائم المذكورة والله اعلم

اسباب وفاء العقود

(٤٥) الاسباب المذكورة هي التنفيذ (الدفع) والمقاصة والتقادم والاستبدال والتنازل واتحاد الذمة والثلاثة الاخيرة لانتكلم عليها للاسباب الآتية (١) لان الاستبدال يحصل عادة بعقد مخصوص يتبع فيه كما اتبع في كافة العقود (٢) لان التنازل اما ان يكون بعقد او بوصية فان كان بعقد فيتبع فيه الاحكام التي شرحناها من حيث تعيين القانون الواجب الاتباع وان كان بوصية فيلزم اتباع قانون الموصي (٣) واما اتحاد الذمة فلكونه لا يحصل الا بالوراثة فيتبع فيه قانون المورث اي المتوفى ولنتكلم على الاسباب الباقية فنقول :

(التنفيذ) كالدفع مثلاً في الديون وكدفع ثمن المبيع وكتسليم العين المبيعة والقانون الواجب الاتباع فيه قانون العقد الا مايتعلق بالاهلية فيتبع القانون الشخصي اوما يختص بطريقة التنفيذ فيتبع القانون الذي يحصل التنفيذ بجهته وذلك كالقواعد المتعلقة بتسليم العين المبيعة وبعرض الدين على الدائن عرضاً رسمياً

ملحوظة : (١) في دفع الديون النقود الواجب الدفع منها يجب ان تكون من النقود الجارية في جهة التنفيذ لتعسر دفع غيرها في الجهة المذكورة

(٢) اذا حصل نقص في قيمة نوع الفية الواجب الدفع منها فالنقص على المدين لان النقود من الاشياء الغير المعينة بذاتها والتي

اذا هلكت هلكت على المدين من وقت الاستلام وفضلاً عن ذلك فانه لو كان النقص على الدائن لأصاب هذا بخس في حقوقه لان المدين يدفع في هذه الحالة اقل مما تعهد به مع ان الواجب عليه دفع كامله ولا ظلم عليه في ذلك

(المقاصة) اختلف الشراع في تقرير شروط المقاصة فبعضهم قرر بمقاصة الديون المتنازع فيها والبعض قرر العكس وفي كلتا الحالتين رأى قوم حصولها حتماً أي من غير طلب وذهب آخرون الى وجوب الطلب بها ومن جراء هذا الاختلاف يحصل اختلاف عظيم في الاحكام المتعلقة بها ولذا قرر الاغلب لزوم اتباع قانوني العاقدين اواصرمها واعظمها استلزاماً لشروط حصولها

(التقادم) في هذا المبحث انقسم المشرعون الى ثلاثة احزاب (١) اتباع القانون الذي رفعت المنازعة امام جهاته القضائية بدليل ان التقادم وسيلة من وسائل الدفاع الداخلة بين المسائل المتعلقة بالمرافعات والاجرآت القضائية (٢) اتباع قانون العقد لتعلق التقادم بجوهر العقد ولكونه سبب وفائه (٣) اتباع قانون جهة اقامة المدين وهذا المذهب فاسد من وجه انه يضر بحقوق الدائن لامكان المدين تغيير محل اقامته وتغيير مدة التقادم على مراده وبفرض صحته فلو غير المدين محل اقامته فالقانون الواجب الاتباع هو قانون المحل الاول الا ان اكثر الشرائع الاوروبية قرر العكس واثبت ذلك بان الدين لم يخرج عن كونه عيناً منقولة والمنقولات تابعة لقوانين الجهات التي تنتقل اليها

(ملحوظة) يجوز ان يتفق العاقدان في عقدهما على مدة للتقادم خلاف المدة القانونية ولا حرج عليهما في ذلك لعدم تعلق التقادم ومدده للنظام العام

الفصل العاشر

في الاجراآت القانونية

— ٤٦ — في الاختصاص — ٤٧ — في اشكال الاجراآت — ٤٨ — في الاحكام

(٤٦) لا يغرب عن كل ذي حجران القوانين العامة بنوعيها (داخلية وخارجية) قوانين لا غرض لها تصوب اليه سوى السياسة الداخلية او الخارجية حفظاً للعلاقات الدولية والنظام الداخلي العام وان كل امة لا بد من المحافظة عليها بقدر ما تستطيع ولا يتسنى لها الوصول الى هذا الغرض الاَّ اذا حتمت بلزوم تطبيق قوانينها المسنونة لذلك وحيث ان مسائل الاختصاص من اهم مباحث القانون الداخلي العام لتعلقه بالنظام القضائي لكل امة فمن الواجب اذن ان نحكم بان قوانين الاختصاص من القوانين المحلية المفروض اتباعها مهما اختلفت جنسية المتداعين

اذا تقرر هذا فنقول ان مسائل الاختصاص لا تخرج عن ثلاثة هي موضوع بحث الباحثين في اوروبا حتى كثر فيها السلب والايجاب وقد حلها الشارع المصري حلاً ظاهراً ليس بعده خفاء (اولاها) البحث عما اذا كانت المحاكم الاهلية لها حق النظر في المنازعات القائمة بين الاجانب وقد

اجاب الشارع المصري على ذلك مقرراً بان جميع المنازعات الحاصلة بين اجانب من جنسية واحدة تكون من اختصاص محاكمهم القنصلية الاّ المتعلقة منها بالعقارات او الحاصلة بين اجانب مختلفي الجنسية فتكون من اختصاص المحاكم المختلطة (ثانيتها) النظر فيما اذا كان يلزم تقييد الاجنبي الطالب رفع دعوى ضد الوطني باداء بعض شروط مخصوصة كوجوب دفع مايفي بقية المصاريف والرسوم وعلى هذا اجاب الشارع المصري ايضاً بان الاجنبي غير مقيد بشرط من الشروط بل هو مطلق الحرية وله ان يداعي من اراد متى شاء وانى رغب ٠

اما الوطني الذي يريد رفع دعوى ضد اجنبي امام المحاكم المصرية فهو مقيد بوجود الاجنبي المذكور في مصر والاّ فالدعوى ترفع امام محاكم جهة اقامته مع اتباع احكام قوانين اختصاصها (راجع الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المختلط) وهذا الحكم مخالف لما جاءت به الشرائع الاجنبية كالشرائع الفرنساوية مثلاً فان هذه اباحت للوطني حق رفع دعواه ضد الاجنبي امام محاكمها سواء كان الاجنبي المذكور حاضراً او غائباً (راجع المادة ١٤ من قانون نابليون) ٠

ومع ذلك فان قاعدة القانون المختلط ليست مطلقة بل لها شواذ ثلاث منها اثنتان مذكورتان صراحة في المادة ١٤ من القانون المختلط اولاها اذا كان الحق المتنازع فيه ناشئاً بمصر وثانيتها اذا كان واجب التنفيذ بها والسبب في الحالتين واضح ففي الاولى يراد حفظ حقوق الاهالي لجواز اضرار الاجانب بها على وجه تحلله شرائعهم وفي الثانية حيث ان الحق واجب

التنفيذ في مصر فكل نزاع يحصل بشأنه قبل تنفيذه يفرض انه رفع أمام محكمة اجنبية وصدر في خصوصه حكم فان هذا الاخير لاينفذ في مصر الاّ بعد تصديق محاكمها عليه وفي ذلك من المشاق المادية والمالية ما لا يخفى وكان الاليق اذن رفع الدعوى رأساً امام المحاكم المصرية . اما الشاذة الثالثة فليس منصوص عليها في القوانين المصرية وهي ما اذا كانت الدعوى تجارية لتعلق التجارة وقوانينها بالنظام العام

هذا ماقرره الشارع المصري اما الشرائع الوضعية فلت المسائل الثلاث التي ذكرناها على الوجه الآتي (١) اذا كان المدعي وطنياً والمدعى عليه اجنبياً وفي هذه الحالة فبعض الشرائع خلافاً لما قرره الشارع المصري باهمال اتباع قاعدة اختصاص المدعى عليه وقرر بان الوطني له الحق في رفع دعواه امام محاكمه الخاصة (المادة ١٤ من القانون الفرنساوي والمادة ١٢٧ من القانون الهولاندي) بقطع النظر عما اذا كان الحق المتنازع فيه ناشئاً بمحل المدعي وواجب التنفيذ به وعما اذا كان الاجنبي المدعى عليه قاطناً بيلاد المدعي او غير قاطن بها والسبب في ذلك عدم الثقة في عدالة المحاكم الاجنبية ولكن هذا الرأي ضعيف لركاكة سنده من وجه ومن وجه آخر لضرورة تصديق المحاكم الاهلية للمدعى عليه على الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية خصوصاً اذا كان التنفيذ على امواله وكانت هذه موجودة ببلاده ولهذا السبب فقد حكمت محكمة النقض والابرام في فرنسا بجواز اهمال هذا الحكم وعدم الرضوخ له والاتفاق سواء في العقد او وقت رفع الدعوى على المداعاة امام المحاكم الاجنبية غير محكمة المدعي

وهذا مايحصل غالبا . اما الدولتان الانكليزية والامريكية فقررتا بعدم جواز رفع دعوى على الاجنبي امام محاكمها الاهلية الا اذا كان قاطناً ببلادهما وتبعتها في ذلك الدولة البلجيكية واما ايتاليا فالمادة (١٠٥) من قانون مرافعاتها تقضي بان الدعاوي التي على الاجانب يجب رفعها امام محاكمهم بشرط المقابلة بالمثل اي متى اعتبرت المحاكم الاجنبية هذا الحكم بالنسبة لرعايا ايتاليا .

هذا وليست كل منازعة داخلة في حكم هذه الحالة بل تخرج من نوع المنازعات المتعلقة بها الدعاوي العينية العقارية التي هي دائماً من اختصاص المحاكم الاهلية مهما كانت جهات اقامة الاجانب ولم يبق حينئذ الاّ الدعاوي الشخصية والعينية المتعلقة بالمنقولات وهي الوحيدة الداخلة تحت حكم القواعد التي ذكراها (٢) اذا كان المدعى عليه وطنياً والمدعي اجنبياً وفي هذه الحالة التي هي عكس سابقتها رأت الحكومات لزوم تطلق المدعي الاجنبي بتقديم الكفالة الكفية لدفع التعويضات الحكم والرسوم والمصاريف خلافاً لما قرره الشارع المصري وحكمة هذا الرأي ظاهرة وهي الخوف من هروب الاجنبي بعد صدور ضده وعدم تحصل الوطني على حقوقه وقد اتبع هذا المذهب حكومات سويسرا و بلجيكا والمانيا والدولة الانكليزية وامريكا غير ان المانيا لم تقرر الكفالة الاّ فيما يختص بالتعويضات فقط واما الحكومات الانكليزية والامريكية فقررتاها مادام الاجنبي المدعي غير قاطن ببلادهما والاّ فلا داعي لها والكفالة هذه من وجهتها الفلسفية ضرورية جداً للحكمة التي ذكرناها

انما يجب تقييدها بما يرى من حالة الاجنبي فان كان يؤخذ منها تعسر التحصل على المطلوب منه من التعويضات والمصاريف فيها والكفالة لازمة والاّ فلا باعث لها كما اذا كان الاجنبي (١) من اصحاب الاملاك (٢) او قاطناً بموطن المدعي او حائزاً للمعافاة من دفع الرسوم القضائية ولهذه الاسباب قررت الشريعة الفرنساوية عدم مراعاة شرط الكفالة اذا كان الاجنبي من اصحاب الاملاك بفرنسا او اذا كانت الدعوى المرفوعة من الدعاوي التجارية لقلة الدعاوى المذكورة وعدم اهميتها ولتسهيل المواصلات التجارية وكذلك اتبع نفس هذا الحكم في انجلترا واميركا اذا كان الاجنبي قاطناً بالبلاد وكثير من الحكومات اهمل حكم الكفالة ايضاً اذا كان الاجانب من المعافين من دفع الوسوم القضائية

(ثالثاً) اذا كان النزاع حاصلاً بين اجانب ويراد معرفة ما اذا كانت المحاكم الاهلية المحلية لها حق النظر في المنازعات التي من هذا القبيل ويجاب على ذلك بان المحاكم الاهلية المذكورة لها هذا الحق في ثلاث حالات (١) في الدعاوي العينية العقارية وهذا ماقرره القانون المختلط حيث نص في المادة الخامسة منه ان المسائل المذكورة مهما كانت جنسية المتداعين لابد ان تكون من اختصاص المحاكم المختلطة (٢) في الدعاوي التجارية والسبب في ذلك توسيع نطاق التجارة (٣) الدعاوي المؤسسة على جرائم او اشباه جرائم والحكمة في ذلك ظاهرة فان من المقرر ان مسائل الامن والضبط متعلقة بالنظام العام والسياسة والواجب ترك النظر فيها الى المحاكم الاهلية

وفي غير هذه الاحوال ساد الخلاف في معرفة ما إذا كانت المحاكم الاهلية مختصة ام لا كالدعاوي الشخصية غير التجارية ومسائل الاحوال الشخصية فبعض الاصوليين قال بامكان اختصاص المحاكم الاهلية في المسائل المذكورة واسند قوله على الدلائل الآتية (١) ان الواجب على كل حكومة ان تقيم قسطاس العدالة والحق بين مختلف الافراد القاطنين بلادها بقطع النظر عن جنسياتهم (٢) قد يجوز ان بعض الاجانب لا يكون محل اقامتهم ببلادهم الاصلية وتضطر محاكمهم الاهلية الى عدم النظر في دعاويهم لهذا السبب فان حرمتهم حكومة محل اقامتهم من النظر في شؤونهم ونصر المظلوم وقهر الظالم منهم لاصبحوا من غير حاكم ولا وازع وهذا ماتأباه الواجبات الانسانية . هذا ولرب معترض يقول انه لو سلم بان المحاكم الاهلية يجوز لها الاختصاص في المنازعات القائمة بين الاجانب لدفع ذلك الى الاعتراف باتباع المحاكم المذكورة لقوانين غير قوانينها ويرد على هذا الاعتراض بان الحكومات مسوقة الى هذا الامر بيد الضرورة وذلك كما في مسائل الاحوال الشخصية وصور العقود وعلى العموم كل ما يجب فيه اتباع القوانين الاهلية والشخصية للاجانب

ومن مطالعة الدلائل التي اوردناها يتضح صراحة وجوب تداخل المحاكم الاهلية في المسائل الاجنبية في بعض الاحوال وقد سارت فرنسا على حكم هذا المبدإ وتبعتها في ذلك ايطاليا مدفوعة بمساواتها الاجانب بالاهالي في التمتع بالحقوق المدنية ولم تستثنِ من ذلك الاَّ مسائل الاحوال الشخصية فانها قررت في هذه لزوم اختصاص محاكم الاجانب الاهلية .

اما الدولتان الانكليزية والامريكية فانها رأتا هذا الرأي ايضاً وقيدتاه بلزوم اقامة الاجانب ببلادها

وقد كانت جميع المسائل موضوع بحث كبير في المؤتمر الدولي المنعقد في لاهية عاصمة هولانده سنة ١٨٨٤ وقرر المؤتمر المذكور (١) ان مسائل الاحوال الشخصية لا بد ان تكون من اختصاص المحاكم الاهلية للتداعين (٢) ان المسائل العينية العقارية تكون من اختصاص محاكم الجهة التي بها العقارات (٣) واما المسائل الشخصية فتكون من اختصاص محكمة المدعى عليه

اذا تقرر ماذكرناه كله فنقول ان من الجائز ان يقوم نزاع في الاختصاص بين محكمتين اجنبيتين بعضها عن بعض بشأن دعوى واحدة رفعت في وقت واحد امامها في هذه الحالة اما ان المحكمتين المذكورتين يعترفان بعدم الاختصاص والامر سهل في هذه الحالة اذ لا حلّ للنزاع الحاصل سوى الوكالات السياسية بواسطة المخابرات الدولية واما ان يعترف الاثنان باختصاصها وفي هذه الحالة الثانية قبل المفاوضة الدولية بواسطة الوكالات السياسية للمحكمة التي رفعت اليها الدعوى اولاً ان تحتج بالاولوية في الاختصاص لسبوق نظرها للدعوى قبل الثانية والصعوبة الوحيدة في هذه المسألة البحث عما اذا كانت المحاكم الاجنبية لها حق الاحتجاج المذكور على المحاكم الاهلية ام لا ويجاب على ذلك بان اغلب الشراع مال الى القول بعدم الاحتجاج المذكور واسند قوله هذا بالبراهين الآتية (١) لا محل لهذا الاحتجاج في مثل هذا الحال لان الغرض الوحيد

منه انقاء صدور حكمين متضادين في مسألة واحدة فيصعب تقييدها معاً ولكون هذه النتيجة الاخيرة لا يتصور حصولها هنا اذ الحكم الصادر من محكمة اجنبية لايمكن تنفيذه بجهة الاخصام الا بعد التصديق عليه من محاكمهم الخاصة الاهلية وانه اذا كان الحكم المذكور مضاداً لما حكمت به هذه فلها ان تبطله وتحكم بما تراه فيتضح من ذلك ان الاحتجاج المذكور باطل (٢) لو جعلنا للمحاكم الاجنبية الحق في منازعة المحاكم الاهلية في الاختصاص واوليناها حق الاجتماع باولوية النظر لمسسنا الاستقلال وخصوصاً فيما يتعلق منه بالقضاء والقوة القضائية (٣) الاحتجاج المذكور معقول بين محكمتين من جنسية واحدة لان في هذه الحالة توجد هيئة قضائية عالية مسوغ لها النظر في هذا النزاع والحكم بما تراه بخلاف ما اذا كانت جنسيتهما مختلفة فالامر بعكس ولا يكون للنزاع المذكور من آخر ولا قاص اللهم الا بالوكالات السياسية التي لم يحصل الاتفاق فيها ادى الامر الى المحاربة الامر الذي لا تحمد عقباه . واما الفئة القليلة من الشراع فتقول بجواز الاحتجاج المذكور وامكان المحاكم الاجنبية الاستناد على الاولوية في الاختصاص وذلك بدليلين (١) الاحتجاج له محل في مثل هذا الحال فان لم يحصل الأخوف صدور حكمين متضادين ومن الجائز حصول هذا الامر بين محكمتين احداهما اجنبية والاخرى اهلية فان القضاء ان لم يحصل في قوة الاحكام التنفيذية فانه يحصل في قوة الشيء المحكوم به الملازمة لجميع الاحكام النهائية والحاصلة بمجرد صدور الحكم سواء في الجهة التي اصدرته او الجهات الاخرى ومع ذلك فان كل الاحكام ليست

عرضة لشرط التصديق اذا اريد تنفيذها خارجاً وذلك كالاحكام الصادرة في مسائل الاحوال الشخصية (٢) من الجائز ان تكون المحكمة الاجنبية اصدرت الحكم في الدعوى المرفوعة لها قبل ان تنظر المحكمة الاهلية فيها ويقدم الحكم لهذه للتصديق عليه ومتى حصل ذلك فبالطبع لا يكون هناك داع في التخلي عن التصديق المذكور اذا لم يكن الحكم منافياً للنظام العام للجهة المطلوب التصديق فيها · وفي هذه الحال لا يكون للمحاكم الاهلية شأن في المنازعة ويجب عليها ان تعترف بصحة الحكم الاجنبي اللهم اذا قضى شرعها بنظر الاحكام الاجنبية نظراً مدققاً واعادة التحقيق فيها كانه لم يحصل فيها تحقيق وحكم وفي هذه الحالة يكون لماحق الغاء الحكم الاول وتعويضه بحكم من لدنها اذا ارادت · اما رأينا فهو تفضيل المذهب الثاني على الاول لصراحة ما اورده من الادلة

في اشكال الاجراآت

الاشكال المذكورة على نوعين الاشكال العرضية او الصورية والاشكال الجوهرية او الاثباتية · اما الاولى فهي مجموع القواعد المختصة بالشكل الظاهري للمرافعة وتشمل اشكال الاعلانات ومددها وصيغها وصور التحقيق وكيفية حصوله والصور التي تصدر بها الاحكام والقاعدة المتبعة في ذلك في القانون الدولي الخاص ان كل محكمة لا بد لها من اتباع الاشكال التي قررتها قوانينها مهما كانت جنسية المتداعين وقد اتبع هذا في مصر حيث قضت المادة ٩ من قانون المرافعات الاهلي والمادة ١١ من

قانون المرافعات المختلط بان اعلان الاجانب غير القاطنين بمصر يكون على حسب ما هو مقرر في القانون المصري وكيفية ذلك ان ترسل صورة الاعلان من النيابة العمومية الى نظارة الخارجية المصرية التي ترسله الى قونصولاتات الدول الاجنبية وهذه تبعث به الى دولها لتسليمه الى المعلن ٠ والامر المختلف فيه في هذا الموضوع هو معرفة ما اذ كان سقوط الحق في المرافعة بمضي المدة القانونية يعد من الاشكال الصورية او الجوهرية فالبعض يثبت انه من الصورية لكونه وسيلة من وسائل ابطال المرافعة ولا دخل له في جوهر الحق المتنازع فيه والبعض يؤيد العكس مستنداً على جواز سقوط الحق نفسه بالتقادم الحاصل وقت سريان المدة القانونية المبطلة للمرافعة ولكن المذهب الاول اقرب الى التصور من الثاني فان سقوط الحق نفسه لم يكن بمضي المدة المبطلة للمرافعة ولكن بالتقادم القانوني لذات الحق واما الاشكال الجوهرية فهي مجموع القواعد المتعلقة بالبراهين والادلة وانواعها والاوجه الواجب فيها استعمالها كجواز قبول شهادة الشهود في احوال دون اخرى ووجوب الاثبات بالكتابة في بعض مسائل وقد اختلف في تقرير القانون الواجب الاتباع في اوجه الاثبات فقرر البعض بأن قانون المحكمة المرفوع امامها النزاع واثبت ذلك بان المحكمة المذكورة لا تقبل براهين ودلائل لم تقررها قوانينها ولم تعتبرها انها دلائل ومتى كان الامر كذلك فالحق عندها غير ثابت وعدم ثبوت الحق كاف في سقوطه وقال البعض الآخر انه قانون العقد نفسه وفي الواقع فان العاقدين ان لم يصرحا في عقدهما بالقانون اللازم اتباعه فعدم تصريحهما هذا يؤخذ منه

اذعانها لحكم ومقتضيات قانون العقد نفسه وفضلاً عن ذلك فانه لم يكن في علمها وقت تحرير العقد المحكمة التي يرفع امامها النزاع وقال بعض الاصوليين بلزوم اتباع قانون جهة تحرير العقد مشبها الدلائل بالاشكال والصور الداخلة تحت مطلق قاعدة (Locus regit actum) اي تتبع العقد بتوابعه ومستلزماته ونتائجه لقانون جهة تحريره · والمذهب الثاني هو احسن المذاهب الثلاثة · ولنلاحظ ان ما يتعلق بطريقة الاثبات لا بد ان يكون تابعاً لاحكام قانون المحكمة المرفوعة امامها الدعوى

الانتداب في اجراء تحقيق ببلاد خارجة

« عن المرفوعة امام محاكمها الدعوى "Commission rogatoire" »

ومعنى ذلك انه قد تلجيء حالة الدعوى المحكمة المنظورة امامها الى اجراء تحقيق ببلاد اجنبية كاستجواب شهود ومعاينة محلات او غير ذلك وفي هذه الاحوال ولو انه لم تبرم معاهدات دولية تعين القواعد والشروط المتبعة في الانتداب المذكور الاَّ انه قد انتهى الامر بتقرير صحته والجهة المنتدبة غير مكرهة على اجراء ما كلفت به من التحقيق بل هي مختارة في ذلك بحيث ان حسن لديها اجراؤه فبها والاَّ فلا والتحقيق الذي تجريه يكون على حسب قواعدها الاَّ ما يتعلق بتجريح الشهود فيكون على حسب قوانين المحكمة المنتدبة اي المرفوعة امامها الدعوى لان التجريح يتعلق بجوهر الدعوى لا بصورتها الظاهرية فقط · هذا وقد يجوز ان تكون الجهة المنتدبة للتحقيق غير مختصة بنظرها وهنا جرت العادة بان الجهة المذكورة ترسل الدعوى بنفسها الى الجهة المختصة · وقد كانت الدولة الانكليزية سائرة على خلاف ماذكرناه

فكانت تنتدب واحداً من رعاياها المقيمين بجهة الانتداب لاجراء التحقيق ولكن لما كان الاجانب لا يرضخون لاوامر الانكليزي المنتدب فما كان يتسنى حصول التحقيق المذكور ولذا فانها رجعت عن طريقتها الاولى وانضمت الى احزاب الطريقة التي ذكرناها · والداعي الى اتخاذ طريقة الانتداب أمران (١) عدم اطاعة الافراد الاَّ لحكومتهم ولقوانينها واحكامها (٢) توفير المصاريف اللازمة لانتقال المطلوب شهادته مثلاً اذ في الغالب قد تكون عظيمة

في الاحكام

(٥٠) للأحكام ثلاث نتائج مختلفة (١) القوة التنفيذية (٢) قوة الشيء المحكوم به (٣) حق اختصاص الدائن بعقارات مدينة او حق الرهن القضائي اما القوة التنفيذية والرهن القضائي فلا يعتبران في الخارج انهما من لوازم الاحكام الاَّ بعد التصديق على هذه من الجهات القضائية الواجب التنفيذ بدوائرها · وفي الواقع فان الاحكام صادرة عن السلطة العمومية للحكومات والسلطة المذكورة قاصرة على الجهة الخاضعة للحكومة فقط وينتج من ذلك انه لا يمكن تنفيذ مقتضياتها في الخارج الاَّ بعد التصديق عليها والمسألة الوحيدة المختلف فيها هنا بين الحكومات هي كيفية التصديق المذكور والشروط المستلزم لها فالبعض لا يصدق الاَّ بعد فحص الدعوى فحصاً جديداً من حيث الجوهر والشكل ومنه حكومات بلجيكا (المادة ١٠) من قانون المرافعات الصادر سنة ١٨٧٦

وهولانده (المادة ٨٦٠) والولايات المتحدة بامريكا الشمالية والبعض الآخر يستلزم للتصديق الشرطين الآتيين (١) لزوم صدور الاحكام من جهات قضائية مختصة بالاتباع للقوانين الاجنبية والاّ لا تعد الاحكام احكاماً رسمية يعوّل عليها ويصدق على تنفيذها ولا تعتبر انها صادرة عن السلطة العمومية (٢) لزوم موافقتها للنظام العام لجهة التنفيذ والحكمة في ذلك واضحة جلية ومن الحكومات المتبعة لهذا المذهب حكومة بريطانيا العظمى واما الحكومة الفرنساوية فكانت في اول الامر متبعة للمذهب الاول الاّ انها فيما بعد انضمت الى المذهب الثاني مذهب الحكومة الانكليزية ورأت عدم الفائدة من نظر الدعوى نظراً مجدداً خصوصاً في الاحكام الصادرة في مسائل الاحوال الشخصية ثم عقدت بينها وبين اكثر الدول معاهدات تقضي بان الاحكام الاجنبية قابلة للتنفيذ في فرنسا بمجرد التاشير عليها من جهة الاختصاص

وهناك مذهب ثالث هو مذهب الحكومة اليونانية يقضي بانه اذا كان الحكم صادراً ضد يوناني فلا يصدق عليه الاّ بعد نظره مجدداً والاّ فمجرد التاشير كاف في جعله قابلاً للتنفيذ (راجع المادة ٨٥٠) واما الحكومة المصرية فلم تتبع مذهباً من المذاهب الثلاثة التي ذكرناها بل اكتفت بالقول بان الاحكام الاجنبية تنفذ في مصر كما تنفذ الاحكام المصرية في الخارج .

الى هنا انتهى بنا الكلام اختصاراً على مايتعلق بالقوة التنفيذية للاحكام ولنتكلم الآن على قوة الشيء المحكوم به فنقول ان اغلب الشراع

شابه بين قوة الشيء المحكوم به و بين القوة التنفيذية حتى جعلها شيئاً واحداً ولكن الرأي السائد في هذا الموضوع هوان الاحكام الاجنبية ليس لها قوة الشيء المحكوم به في الخارج وذلك للدليل الآتي وهو ان الاحكام ليست الاّ أوامر صادرة عن السلطة العمومية والسلطة المذكورة محلية لاتتعدى حدود جهاتها ومتى كان الامر كذلك فالاحكام يلزم ان تكون محلية لانه لايتصور ان السلطة العمومية لامة يكون لها امر او نهي على السلطة العمومية لامة اخرى والاّ فلا معنى لاستقلال الحكومات

وزيادة على ذلك قال مؤيد هذا المذهب ان قوة الشيء المحكوم به لايمكن فصلها عن القوة التنفيذية بل هي دائمة ملازمة لها ومرتبطة بها وحيث الأمر كما ذكر فمتى حصل الاعتراف بقوة الشيء المحكوم به للأحكام الأجنبية دفع هذا الى القول بامكان جعلها وجهاً من اوجه الدفاع وهذا يدعو الى الاعتراف بالقوة التنفيذية لها حتماً من غير تصديق مع ان هذه النتيجة الاخيرة مردودة بحكم ما اوردناه فيما سبق من الدلائل

الاّ ان بعض الاصوليين زعم بامكان فصل القوّة التنفيذية من قوّة الشيء المحكوم به وأثبت ذلك بالدليل الآتي : وهو ان قوّة الشيء المحكوم به هو الاعتراف بحق مكتسب على وجه منتظم اعترافاً نهائياً كما لاعتراف بالحقوق الصادرة عن العقود فان الحقوق المذكورة معترف بها في كل الجهات ولا ينقصها الاّ القوّة التنفيذية وزيادة على ذلك يقول مؤيد هذا المذهب الثاني إن الاعتراف بقوة الشيء المحكوم به للأحكام الاجنبية

لا ينشأ عنه ضرر قط اللهم الاّ اذا كان منافياً لمقتضى النظام العام واما الاعتراف بالقوة التنفيذية ففيه الضرر الفاضح لأنه يؤدى الى امكان استعمال السلطة الاجنبية والتداخل في شؤون الممالك واحوالها الاستقلالية وهذا من اعظم ما يخشى منه على الحكومات

ثم انعطف مويدو هذا المذهب الى المذهب الاوّل وقالوا بان مؤيديه يقولون بالخوف من الاعتراف بقوة الشيء المحكوم به للأحكام الاجنبية أفلا يدرون ان الاحكام كالعقود او ان شئت كاشباه العقود (كما عبر عنها الرومانيون بذلك) وان مقتضى العقود محترم في جميع الجهات ومأخوذ به ومعتبرة صحته واذا كان الامر كذلك فلماذا لانعتبر ذلك في الأحكام أي نحكم بان لهـا قوة الشيء المحكوم به في كل جهة مع ان الاحكام اهم من العقود لصدورها من جهات قضائية رسمية

ويزاد على ذلك بان قوة الشيء المحكوم به لابد وان تلحق الاحكام الآتية ولو كانت اجنبية وهي (١) عقود الولادة والزواج والوفاة الحاصلة في الخارج امام الجهات القضائية المختصة

(٢) محاضر التحقيق المحررة بمعرفة قاض اجنبي انتدب للتحقيق فانها معتبرة امام المحكمة التي امرت بالانتداب

(٣) نصت قوانين فرنسا وايتاليا على ان رعاياها المقترفين لجناية او جنحة في الخارج يجوز ان يحاكموا في محاكمها الااذا صدر بعقوبتهم حكم من المحاكم الاجنبية التي حصلت الوقائع بجهاتها ففي هذه الحالة الاخيرة لايجوز للمحاكم الفرنساوية او التليانية ان تعاقبهم دفعة ثانية وهذا يدل دلالة

واضحة على اعترافهما بقوة الشيء المحكوم به للأحكام المذكورة غير انها لاتنفذهامن غير نظرولا روية بل يجب عليها كما ذكرناه ان تنظر فيما اذا كانت الاحكام المذكورة صادرة عن جهات قضائية مختصة وفيما اذا كانت مخالفة او غير مخالفة للنظام العام وهذا مما يثبت اثباتاً كافياً ان القوة التنفيذية غير قوة الشيء المحكوم به

﴿ كيف تميز الاحكام الاجنبية من الاحكام الاهلية ﴾ الاحكام الاجنبية هي الصادرة من سلطة عمومية اجنبية والاحكام الاهلية هي الصادرة من السلطة العمومية الاهلية ولو اعتبر هذا الاعتبار في تمييز الاحكام الاجنبية عن الاحكام الاهلية لاتضح لنا ان الاحكام الصادرة من المحاكم الاهلية والمحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة هي الاحكام الاهلية واما الصادرة من المحاكم القنصلية فهي اجنبية الا انها قابلة للتنفيذ من غير التصديق كما يعلم ذلك من الشروط المعقودة بين الباب العالي وبين الدول المتحابة فان من الشروط المذكورة يعلم

(١) ان الاحكام القنصلية واجبة التنفيذ حتماً من غير تصديق (راجع القرار الصادر في ٢٦ مارث سنة ١٨٦٠ من الشروط المعقودة في سنة ١٥٣٥ وقد استثني من ذلك الاحكام القنصلية الصادرة بحق اختصاص الدائن بعقارات مدينة اذ حق الاختصاص المذكور لا بد ان يصدر به حكم من المحاكم المصرية

(٢) ان الاحكام الاجنبية الصادرة بين شخصين من جنسية واحدة واجبة التنفيذ ايضاً في مصر لعدم اختصاص جهة من الجهات

القضائية المصرية بالتصديق على الاحكام المذكورة ففي الواقع ليس للمحكمة القنصلية التي هي من جنسية الطرفين ان تصدق لاتحاد الجنسية ولكونها غير محاكم مصرية وكذلك المحاكم المختلطة فانها غير مختصة الاَّ بنظر الدعاوي الحاصلة بين افراد مختلفي الجنسية وكذلك المحاكم الاهلية والشرعية لعدم اختصاصها الا في المسائل الحاصلة بين الاهالي فقط وقد ارسلت الحكومة العثمانية مذكرة بذلك الى الدول المتحابة في ١٥ ابريل سنة ١٨٦٩ تقول فيها انه ليس للمحاكم المحلية العثمانية التعرض للاحكام الصادرة في المسائل المختصة بنظرها المحاكم القنصلية وكذلك ليس لهذه ان تتعرض للأحكام الصادرة من محاكم عثمانية محلية ومما يزيدنا تأكيداً في ذلك أن القانون التلياني الصادر في ٢٨ يناير ١٨٦٦ بشان القناصل نص على ان الاحكام الصادرة من محاكم تليانية واجبة التنفيذ في البلاد المعمولة بخصوصها الشروط مع الباب العالي بمجرد التصديق عليها من ناظر الخارجية التليانية

ويستثنى من القاعدة التي ذكرناها والتي فحواها وجوب تنفيذ الاحكام الصادرة بين متحدي الجنسية من غير تصديق الاحكام الصادرة في مسائل العقارات فان المحاكم المختلطة في هذه الحالة لها ان لا تعتبر الاحكام المذكورة والواجب عليها نظر الدعوى مجدداً بدليل ان الاحكام الاجنبية صدرت من محاكم غير مختصة بالنظر في الدعاوي المتعلقة بها هذا من وجه ومن وجه آخر فان هذا الحل متبع في الدولة العثمانية بمقتضى القانون الصادر في سنة ١٨٦٧ الموافق ١٢ صفر سنة ١٢٨٤ .

هذا وليعلم بان الاحكام القنصلية الصادرة بنزع ملكية يلزم وان تكون موضوع بحث المحاكم المختلطة ويجب التصديق عليها بمعرفتها

وينتج من كل ماذكر ان الاحكام الواجب التصديق عليها في مصر هي الآتية (١) الصادرة بين مختلفي الجنسية ويجب تصديق المحاكم المختلطة عليها والصادرة بين اهليين من محاكم اجنبية ويلزم التصديق عليها من المحاكم الاهلية المصرية وفي غير هذين النوعين لا داعي للتصديق الاَّ في احوال مستثناة

﴿ كيف تنفذ الاحكام المصرية في البلاد الاجنبية ﴾ الاحكام الصادرة من المحكمة الاهلية لا تنفذ في الخارج الاَّ بعد التصديق واما الاحكام الصادرة من المحاكم المختلطة فقد اختلف فيها اذ مال البعض الى القول بانها نافذة في الجهات والممالك التي رضيت بانشاء المحاكم المختلطة للدليلين الآتيين (١) لانها محاكم دولية وقوانينها ماخوذة من قوانين الدول المصدقة على انشائها واذن فليست بمحاكم مصرية (٢) لانها وريثة المحاكم القنصلية في اختصاصها ومعلوم أن احكام المحاكم القنصلية واجبة التنفيذ من غير تصديق في الجهات التى تنتمي اليها المحاكم المذكورة ولكن الفريق الاغلب يقول بعكس ذلك ويعتبر المحاكم المختلطة محاكم مصرية وان احكامها احكام اجنبية بالنسبة للبلاد المصدقة على انشائها لانها صادرة باسم ملك البلاد المصرية الجناب الخديوي المعظم

﴿ في احكام المحكمين وفي العقود الرسمية التي حصلت في الخا،

التحكيم اما ان يكون اجبارياً او ارادياً فان كان اجبارياً فالاحكام الصادرة منه تعتبر انها احكام صادر من محاكم اجنبية ويشترط في وجوب تنفيذها في الخارج التصديق عليها وان كان ارادياً فالاحكام الصادرة منه تعتبر كانها عقود رسمية والعقود الرسمية غير واجبة التنفيذ في الخارج لانه لايعقل ان تعامل العقود احسن مما تعامل به الاحكام وقد صدر بذلك حكم المحكمة المختلطة الاستئنافية باسكندرية في ٥ مايو سنة ٨١ حيث قرر الحكم المذكور عدم امكان تسجيل عقد رهن رسمي حصل في الخارج ولزوم تحريره بقلم كتاب المحكمة المختلطة بمصر

وكيفية تنفيذ العقود الرسمية المذكورة في مصر هي عين الكيفية المتبعة في الخارج لتنفيذ العقود الرسمية المصرية كما قضت بذلك المادتان ٤٠٧ اهلي ٤٦٨ مختلط ويمكن ان يقال انه يلزم الاستحصال على حكم من المحاكم المصرية حتى يجعل قابلاً للتنفيذ

الفصل الحادي عشر

في كيفية تنفيذ الاحكام الاجنبية في الدولة العثمانية

(٤٧) لم تقرر الدولة العثمانية ما قرره الشارع المصري في مادة (٤٠٧) من قانون المرافعات الاهلي وفي مادة ٤٦٨ من قانون المرافعات المختلط بل الظاهر من نظامها القضائي انها لم تقرر الى الآن التصديق على الاحكام الاجنبية وذلك ان المحاكم لديها على ثلاثة انواع (اولها) المحاكم العثمانية الاهلية المختصة بنظر الدعاوي والمنازعات القائمة بين الاهالي

والمتعلقة بالعقارات مهما كانت جنسية المتداعين (ثانيها) المحاكم المختلطة المختصة بنظر المنازعات القائمة بين الاجانب المختلفي الجنسية (ثالثها) المحاكم القنصلية المختصة بالنظر في المنازعات الحاصلة بين الاجانب المتحدي الجنسية . اذا تقرر ذلك فالاحكام المتصور صدورها (١) اما ان تصدر من محكمة اجنبية ضد اجنبي من جنسيتها (٢) واما ان تصدر من محكمة اجنبية ضد اجنبي من غير جنسيتها (٣) واما ان تصدر من محكمة اجنبية ضد عثماني وفي الحالة الاولى لا وجه للتصديق مطلقاً سواء كانت الاحكام صادرة من محاكم اجنبية خارجة عن حدود المملكة العثمانية او من محاكم قنصلية وذلك لاتحاد جنسية الجهة المصدرة للحكم والمحكوم عليه وعدم اختصاص المحاكم العثمانية الا في النظر في دعاوي الاهالي ان كانت اهلية او الاجانب المختلفي الجنسية ان كانت مختلطة وقد استثني من ذلك الاحكام المتعلقة بالعقارات اذ الواجب عدم تنفيذها الا بعد اطلاع المحاكم الاهلية عليها ونظر الدعوى الخاصة بها نظراً مجدداً اتباعاً لما جاء به القانون العثماني الصادر في سنة ١٨٦٧ وفي الحالة الثانية اما ان يكون المحكوم له اجنبياً او عثمانياً فان كان الاول فجائز التصديق من محكمة المحكوم عليه وهذه اما ان تنظر الدعوى نظراً مجدداً جوهراً وشكلاً واما ان تؤشر بالتصديق من غير نظر على حسب ما هو مقرر في قوانين حكومتها وان كان الثاني فكأن الدعوى لم تنظر ويجب اعادة رفعها امام المحاكم المختلطة العثمانية لاختصاصها في دعاوي المختلفي الجنسية (٣) وفي الحالة الثالثة كذلك اما ان يكون المحكوم له عثمانياً او اجنبياً

فان كان عثمانياً فالحكم لاغ من نفسه وتلزم اعادة رفع الدعوى امام المحكمة الاهلية العثمانية وان كان اجنبياً فالحكم لاغ ايضاً غير ان الدعوى ترفع في هذه الحالة امام المحاكم المختلطة

الفصل الثاني عشر

في الاحكام الصادرة باشهار الافلاس

(٤٧) المسألة الوحيدة المختلف فيها في هذا البحث هي النظر فيما اذا كان الحكم الصادر باشهار الافلاس عاماً او خاصاً ومعنى ذلك انه يجوز ان يكون للتاجر المفلس محال تجارية ببلاد مختلفة ويراد معرفة ما اذا كان الحكم الصادر بافلاسه في جهة من الجهات سارياً على الجهات الأُخرى بحيث لا يلزم اشهار افلاسه فيها او غير سارٍ ويجب ان كل جهة تصدر حكماً مخصوصاً لاشهار افلاسه ويجاب على ذلك بان البعض قرّر بوحدة الحكم وتعميه واستند في ذلك على وحدة الممتلك من وجه وعلى خوف صدور احكام متضادة بشأن ملك واحد وتجارة واحدة من وجه آخر خصوصاً فيما يتعلق بالتوزيع بين الدائنين . والبعض الآخر قرر العكس اي وجوب اصدار احكام بقدر الجهات التي للتاجر فروع تجارة بها ويثبت ذلك بان الاحكام المشهرة التفليس لها مساس كبير بالنظام العام خصوصاً اذا كان بين املاك المفلس عقارات

اما نتائج المذهبين فاعتبار صحة الحكم في الجهات الغير المصدرة له من حيث قوة الشيء المحكوم به كايقاف الفوائد ومنع المفلس من التصرف في املاكه ووجوب التصديق عليه فيما يتعلق بالقوّة التنفيذية له كبيع المنقولات او العقارات لسداد الديون العادية والممتازة برهن او غيره وذلك في المذهب الأوّل . أما نتائج المذهب الثاني فلا تحتاج الى تعبيره حيث ان كل حكم لابد وان يكون نافذ المفعول في غير البلاد التي اصدرته

تنبيهات (١) لابد من مراعاة قوانين النظام العام للجهات التي لم يصدر بها حكم الافلاس ويكون فيها فروع تجارية للمفلس بحيث لا ينفذ الحكم الاَّ اذا كان غير مناف لمقتضياتها وكذلك الحكم المذكور لا يسري على الجهات التي لم يصدر فيها اذا كان مختصاً بعقارات كائنة بها وعلى العموم لا بد من مراعاة القواعد التي قررناها في هذا الكتاب

(٢) اختلفت الممالك في اتباع احد المذهبين السابقين فبلجيكا اتبعت مذهب وحدة الحكم وتعميمه والمانيا اتبعت وجوب اصداره في جميع الجهات التي بها تجارة للمفلس وانكلترا وامريكا اتبعتا اول المذهبين في المنقولات وثانيهما في العقارات والله سبحانه وتعالى اعلم

تم بعون الله تعالى وحسن توفيقه تأليف هذا الكتاب في يوم اول ينايرسنة ٩٦ وتمّ طبعهُ في ١٠ افريل سنة ١٨٩٦

﴿ اصلاح خطا ﴾

سطر	صحيفة	خطا	صواب
٥	٢	مصر	بمصر
٣	٤	الحاصة	الخاصة
الاخير	٧	تذكر	يذكر
٤	٨	بأن	ان
١٦	٨	وفي الوقائع	وفي الواقع
١٩	٨	كرور	كر
٢	٩	احوال	اصول
١١	٩	الوكالات في السياسية	الوكالات السياسية
٧	١٠	كان	وكان
٥	١٦	لدى	لذي
٥	١٧	ليقطا	لقيطا
١٨	١٧	معاً في تقرير الجنسية المكانية	معاً في تقرير الجنسية فنعتبر الجنسية المكانية
الاخير	٢١	زهابه	ذهابه
١٨	٢٢	يتمكن من التخلص	يتمكن الانسان من التخلص
٥	٢٣	معنين	معنيين
١٥	٢٣	احدهما	احدها